المغني

لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

الجزء التاسع

مطبعة العاصمة . شارع الفلكي — القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحدود

الزنا حرام وهو من الكبائر العظام بدليل قول الله تعالى (ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا) وقال تعالى (والذين لايدعون مع الله إلهاً آخر ولايقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما ، يضاعف له العذاب يوم القيامة ويخلد فيه مهاناً) .

وروى عبد الله بن مسعود قال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الذنب أعظم ؟ قال «أن تجعل لله نداً وهو خلقك» قال قلت ثم أي ؟ قال «أن تقتل ولدك مخافة أن يطعم معك» قال قلت ثم أي ؟ قال «أن تزني بحليلة جارك» أخرجه البخاري ومسلم ، وكان حد الزاني في صدر الإسلام الحبس للثيب والأذى بالكلام من التقريع والتوبيخ للبكر لقوله سبحانه (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا . واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما إن الله كان تواباً رحيما) .

قال بعض أصحاب أهل العلم المراد بقوله (من نسائكم) الثيب لأن قوله من نسائكم إضافة زوجية كقوله (للذين يؤلون من نسائهم) ولا فائدة في إضافته ههنا نعلمها إلا اعتبار الثيوبة ، ولأنه قد ذكر عقوبتين إحداهما أغلظ من الأخرى فكانت الأغلظ للثيب والأخرى للأبكار كالرجم والجلد ثم نسخ هذا بما روى عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « خذوا عني خذوا عني ، قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » رواه مسلم وأبو داود . فإن قيل فكيف ينسخ القرآن بالسنة ؟ قلنا قد ذهب بعض أصحابنا إلى جوازه لأن الكل من عند الله وإن اختلفت طرقه ، ومن منع ذلك قال : ليس هذا نسخاً إنما هو تفسير للقرآن وتبيين له لأن النسخ رفع حكم ظاهره الاطلاق فأما ما كان مشروطاً بشرط وزال الشرط لا يكون نسخاً وههنا شرط الله تعالى

حبسهن إلى أن يجعل لهن سبيلا فبينت السنة السبيل فكان بياناً لا نسخاً ويمكن أن يقال إن نسخه حصل بالقرآن فإن الجلد فى كتاب الله والرجم كان فيه فنسخ رسمه وبقى حكمه .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا زنى الحر المحصن أو الحرة المحصنة جلدا ورجما حتى يموتا فى إحدى الروايتين عن أبى عبدالله رحمه الله والرواية الأخرى يرجمان ولا يجلدان)

الكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة . أحدها : فى وجوب الرجم على الزانى المحصن رجلا كان أو امرأة وهذا قول عامة أهل العلم من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من علماء الأمصار فى جميع الأعصار ولا نعلم فيه مخالفاً إلا الخوارج فإنهم قالوا الجلد للبكر والثيب لقول الله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحدة منهما مائة جلدة) وقالوا لا يجوز ترك كتاب الله الثابت بطريق القطع واليقين لأخبار آحاد يجوز الكذب فيها ولأن هذا يفضى إلى نسخ الكتاب بالسنة وهو غير جائز .

ولنا : أنه قد ثبت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله وفعله فى أخبار تشبه المتواتر وأجمع عليه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على ما سنذكره فى أثناء الباب فى مواضعه إن شاء الله تعالى وقد أنزله الله تعالى فى كتابه وإنما نسخ رسمه دون حكمه فروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال إن الله تعالى بعث محمداً صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأتها وعقلتها ووعيتها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا بعده فأخشى إن طال بالناس زمان أن يقول قائل ما نجد الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله تعالى فالرجم حق على من زنا إذا أحصن من الرجال والنساء إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف وقد قرأ بها (الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم) متفق عليه ، وأما آية الجلد فنقول بها فإن الزانى يجب جلده فإن كان ثيباً رجم مع الجلد والآية لم تتعرض لنفيه وإلى هذا أشار على رضي الله عنه حين جلد شراحة ثم رجمها وقال جلدتها بكتاب الله تعالى ثم رجمتها بسنة

بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم لو قلنا إن الثيب لا يجلد لكان هذا تخصيصاً للآية العامة وهذا سائغ بغير خلاف فإن عمومات القرآن فى الإثبات كلها مخصصة وقولهم إن هذا نسخ ليس بصحيح وإنما هو تخصيص ، ثم لو كان نسخاً لكان نسخاً بالآية التى ذكرها عمر رضى الله عنه وقد روينا أن رسل الخوارج جاءوا عمر بن عبدالعزيز رحمه الله فكان من جملة ما عابوا عليه الرجم وقالوا ليس فى كتاب الله إلا الجلد وقالوا الحائض أوجبتم عليها قضاء الصوم دون الصلاة والصلاة أوكد فقال لهم عمر وأنتم لا تأخذون إلا بما فى كتاب الله ؟ قالوا نعم قال فأخبرونى عن عدد الصلوات المفروضات وعدد أركانها وركعاتها ومواقيتها أين تجدونه فى كتاب الله تعالى ؟ وأخبرونى عما تجب الزكاة فيه ومقاديرها ونصبها ؟ فقالوا أنظرنا فرجعوا يومهم ذلك فلم يجدوا شيئاً مما سألهم عنه فى القرآن فقالوا لم نجده فى القرآن قال فكيف ذهبتم إليه ؟ قالوا لأن النبى صلى الله عليه وسلم فعله وفعله المسلمون بعده فقال لهم فكذلك الرجم وقضاء الصوم فإن النبى صلى الله عليه وسلم رجم ورجم خلفاؤه بعده والمسلمون وأمر النبى صلى الله عليه وسلم بقضاء الصوم دون الصلاة وفعل ذلك نساؤه ونساء أصحابه . إذا ثبت هذا فمعنى الرجم أن يرمى بالحجارة وغيرها حتى يقتل بذلك قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن المرجوم يدام عليه الرجم حتى يموت ولأن إطلاق الرجم يقتضى القتل به كقوله تعالى (لتكونن من المرجومين) وقد رجم رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهوديين اللذين زنيا وماعزاً والغامدية حتى ماتوا .

(فصل) وإذا كان الزانى رجلا أقيم قائماً ولم يوثق بشىء ولم يحفر له سواء ثبت الزنا ببينة أو إقرار ، لا نعلم فيه خلافاً لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحفر لماعز قال أبو سعيد « لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برجم ماعز خرجنا به إلى البقيع فوالله ما حفرنا له ولا أوثقناه ولكنه قام لنا » رواه أبو داود ولأن الحفر له ودفن بعضه عقوبة لم يرد بها الشرع فى حقه فوجب أن لا تثبت وإن كان امرأة فظاهر كلام أحمد أنها لا يحفر لها أيضاً وهو الذى ذكره القاضى فى الخلاف وذكر فى المجرد أنه إن ثبت الحد بالإقرار لم يحفر لها وإن ثبت بالبينة حفر لها إلى الصدر ، قال أبو الخطاب وهذا أصح عندى وهو قول أصحاب الشافعى لما روى أبو بكر وبريدة أن النبى صلى الله عليه وسلم رجم امرأة فحفر لها إلى الثندوة رواه أبو داود ولأنه استر لها ولا حاجة إلى تمكينها

من الهرب لكون الحـــد ثبت بالبينة فلا يسقط بفعل من جهتها بخلاف الثابت بالإقرار فإنها تترك على حال لو أرادت الهرب تمكنت منه لأن رجوعها عن إقرارها مقبول .

ولنا : أن أكثر الأحاديث على ترك الحفر فإن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحفر للجهنية ولا لماعز ولا لليهوديين والحديث الذى احتجوا به غير معمول به ولا يقولون به فإن التى نقل عنه الحفر لها ثبت حدها بإقرارها ولا خلاف بيننا فيها فلا يسوغ لهم الاحتجاج به مع مخالفتهم له . إذا ثبت هذا فإن ثياب المرأة تشد عليها كيلا تتكشف . وقد روى أبو داود بإسناده عن عمران بن حصين قال فأمر النبي صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها ولأن ذلك أستر لها .

(فصل) والسنة أن يدور الناس حول المرجوم فإن كان الزنا ثبت ببينة فالسنة أن يبدأ الشهود بالرجم وإن كان ثبت بإقرار بدأ به الإمام أو الحاكم إن كان ثبت عنده ثم يرجم الناس بعده وروى سعيد بإسناده عن على رضى الله عنه أنه قال: الرجم رجمان فما كان منه بإقرار فأول من يرجم الإمام ثم الناس وما كان ببينة فأولى من يرجم البينة ثم الناس ولأن فعل ذلك أبعد لهم من التهمة فى الكذب عليه فإن هرب منهم وكان الحد ثبت ببينة اتبعوه حتى يقتلوه ، وإن كان ثبت بإقرار تركوه لما روى أن ماعز بن مالك لما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع له بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك له فقال « هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ؟ » رواه أبو داود ولأنه يحتمل الرجوع فيسقط عنه الحد فإن قتله قاتل فى هربه فلا شىء عليه لحديث ابن أنيس حين قتل ماعزاً ولأنه قد ثبت زناه بإقراره فلا يزول ذلك باحتمال الرجوع وإن لم يقتل وأتى به الإمام فكان مقيما على اعترافه رجمه وإن رجع عنه تركه .

الفصل الثانى : أنه يجلد ثم يرجم فى إحدى الروايتين فعل ذلك على رضى الله عنه وبه قال ابن عباس وأبى بن كعب وأبو ذر ذكر ذلك عبد العزيز عنهما واختاره وبه قال الحسن وإسحاق وداود وابن المنذر . والرواية الثانية : يرجم ولا يجلد روى عن عمر وعثمان أنهما رجما ولم يجلدا ، وروى عن ابن مسعود أنه قال : إذا اجتمع حدان لله تعالى فيهما القتل أحاط القتل بذلك ، وبهذا قال النخعى والزهرى والأوزاعى

ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأى واختار هذا أبو إسحاق الجوزجاني وأبو بكر الأثرم ونصراه في سننهما لأن جابراً روى أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً ولم يجلده ورجم الغامدية ولم يجلدها وقال : « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » متفق عليه ولم يأمره بجلدها . وكان هذا آخر الأمرين من رسول الله صلى الله عليه وسلم فوجب تقديمه وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يقول : فى حديث عبادة أنه أول حد نزل وأن حديث ماعز بعده رجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يجلده وعمر رجم ولم يجلد ، ونقل عنه إسماعيل بن سعيد نحو هذا ولأنه حد فيه قتل فلم يجتمع معه جلد كالردة ولأن الحدود إذا اجتمعت وفيها قتل سقط ما سواه فالحد أولى .

ووجه الرواية قوله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا عام ثم جاءت السنة بالرجم فى حق الثيب والتغريب فى حق البكر فوجب الجمع بينهما وإلى هذا أشار على رضى الله عنه بقوله : جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد صرح النبي صلى الله عليه وسلم بقوله فى حديث عبادة « والثيب بالثيب الجلد والرجم » وهذا الصريح الثابت بيقين لا يترك إلا بمثله ، والأحاديث الباقية ليست صريحة فإنه ذكر الرجم ولم يذكر الجلد فلا يعارض به الصريح بدليل أن التغريب يجب بذكره فى هذا الحديث وليس بمذكور فى الآية ولأنه زان فيجلد كالبكر ولأنه قد شرع فى حق البكر عقوبتان : الجلد والتغريب فيشرع فى حق المحصن أيضاً عقوبتان : الجلد والرجم فيكون الرجم مكان التغريب فعلى هذه الرواية يبدأ بالجلد أولا ثم يرجم فإن والى بينهما جاز لأن إتلافه مقصود فلا تضر الموالاة بينهما وإن جلده يوما ورجمه فى آخر جاز فإن علياً رضى الله عنه جلد شراحة يوم الخميس ثم رجمها يوم الجمعة ، ثم قال جلدتها بكتاب الله تعالى ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم .

الفصل الثالث . أن الرجم لا يجب إلا على المحصن بإجماع أهل العلم وفى حديث عمر : إن الرجم حق على من زنا وقد أحصن وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث » ذكر منها « أو زنا بعد إحصان » وللإحصان شروط سبعة .

أحدها : الوطء فى القبل ولا خلاف فى اشتراطه لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال . « الثيب بالثيب الجلد والرجم » والثيابة تحصل بالوطء فى القبل فوجب اعتباره ولا خلاف فى أن عقد النكاح الخالى عن الوطء لا يحصل به إحصان سواء حصلت فيه خلوه أو وطء فيما دون الفرج أو فى الدبر أو لم يحصل شىء من ذلك لأن هذا لا تصير به المرأة ثيباً ولا تخرج به عن حد الأبكار الذين حدهم جلد مائة وتغريب عام بمقتضى الخبر ولا بد من أن يكون وطئاً حصل به تغييب الحشفة فى الفرج لأن ذلك حد الوطء الذى يتعلق به أحكام الوطء .

الثانى : أن يكون فى نكاح لأن النكاح يسمى إحصاناً بدليل قوله تعالى : (والمحصنات من النساء) يعنى المتزوجات ولا خلاف بين أهل العلم فى أن الزنا ووطء الشبهه لا يصير به الواطىء محصناً ولا نعلم خلافاً فى أن التسرى لا يحصل به الإحصان لواحد منهما لكونه ليس بنكاح ولا تثبت فيه أحكامه .

الثالث : أن يكون النكاح صحيحاً وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء وقتادة ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وقال أبو ثور : يحصل الإحصان بالوطء فى نكاح فاسد ، وحكى ذلك عن الليث والأوزاعى لأن الصحيح والفاسد سواء فى أكثر الأحكام مثل وجوب المهر والعدة وتحريم الربيبة وأم المرأة ولحاق الولد فكذلك فى الإحصان .

ولنا : أنه وطء فى غير ملك فلم يحصل به الإحصان كوطء الشبهة ولا نسلم ثبوت ما ذكروه من الأحكام وإنما ثبتت بالوطء فيه وهذه ثبتت فى كل وطء وليست مختصة بالنكاح إلا أن النكاح ههنا صار شبهة فصار الوطء فيه كوطء الشبهة سواء .

الرابع : الحرية وهى شرط فى قول أهل العلم كلهم إلا أبا ثور قال : العبد والأمة هما محصنان يرجمان إذا زنيا إلا أن يكون إجماع يخالف ذلك . وحكى عن الأوزاعى فى العبد تحته حرة هو محصن يرجم إذا زنا وإن كان تحته أمة لم يرجم وهذه أقوال تخالف النص والإجماع فإن الله تعالى قال (فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) والرجم لا ينتصف وإيجابه كله يخالف النص مع مخالفة الإجماع المنعقد قبله إلا أن يكون إذا عتقا بعد الإصابة فهذا فيه اختلاف سنذكره

إن شاء الله تعالى وقد وافق الأوزاعى على أن العبد إذا وطىء الأمة ثم عتقا لم يصيرا محصنين وهو قول الجمهور ، وزاد فقال فى المملوكين إذا أعتقا وهما متزوجان ثم وطئها الزوج لا يصيران محصنين بذلك الوطء وهو أيضاً قول شاذ خالف أهل العلم به فإن الوطء وجد منهما حال كمالهما فحصنهما كالصبيين إذا بلغا . الشرط الخامس والسادس : البلوغ والعقل فلو وطىء وهو صبى أو مجنون ثم بلغ أو عقل لم يكن محصناً هذا قول أكثر أهل العلم ومذهب الشافعى . ومن أصحابه من قال يصير محصناً وكذلك العبد إذا وطىء فى رقه ثم عتق يصير محصناً لأن هذا وطء يحصل به الإحلال للمطلق ثلاثاً فحصل به الإحصان كالموجود حال الكمال .

ولنا : قوله عليه السلام « والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » فاعتبر الثيوبة خاصة ولو كانت تحصل قبل ذلك لكان يجب عليه الرجم قبل بلوغه وعقله وهو خلاف الإجماع ويفارق الإحصان الإحلال لأن اعتبار الوطء فى حق المطلق يحتمل أن يكون عقوبة له بتحريمها عليه حتى يطأها غيره ولأن هذا مما تأباه الطباع ويشق على النفوس فاعتبره الشارع زجراً عن الطلاق ثلاثاً ، وهذا يستوى فيه العاقل والمجنون بخلاف الإحصان فإنه اعتبر لكمال النعمة فى حقه فإن من كملت النعمة فى حقه كانت جنايته أفحش وأحق بزيادة العقوبة والنعمة فى العاقل البالغ أكمل والله أعلم .

الشرط السابع : أن يوجد الكمال فيهما جميعاً حال الوطء فيطأ الرجل العاقل الحر امرأة عاقلة حرة وهذا قول أبى حنيفة وأصحابه ونحوه قول عطاء والحسن وابن سيرين والنخعى وقتادة والثورى وإسحاق قالوه فى الرقيق ، وقال مالك : إذا كان أحدهما كاملا صار محصناً إلا الصبى إذا وطىء الكبيرة لم يحصنها ونحوه عن الأوزاعى واختلف عن الشافعى فقيل له قولان أحدهما : كقولنا والثانى : أن الكامل يصير محصناً وهذا قول ابن المنذر لأنه حر بالغ عاقل وطىء فى نكاح صحيح فصار محصناً كما لو كان الآخر مثله . وقال بعضهم : إنما القولان فى الصبى دون العبد فإنه يصير محصنا قولا واحداً إذا كان كاملا .

ولنا : أنه وطء لم يحصن به أحد المتواطئين فلم يحصن الآخر كالتسرى ولأنه

متى كان أحدهما ناقصاً لم يكمل الوطء فلا يحصل به الإحصان كما لو كانا غير كاملين وبهذا فارق ما قاسوا عليه .

(فصل) ولا يشترط الإسلام فى الإحصان وبهذا قال الزهرى والشافعى ، فعلى هذا يكون الذميان محصنين فإن تزوج المسلم ذمية فوطئها صار محصنين وعن أحمد رواية أخرى أن الذمية لا تحصن المسلم .وقال عطاء والنخعى والشعبى ومجاهد والثورى هو شرط فى الإحصان فلا يكون الكافر محصنا ولا تحصن الذمية مسلماً لأن ابن عمر روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من أشرك بالله فليس بمحصن » ولأنه إحصان من شرطه الحرية فكان الإسلام شرطا فيه كإحصان القذف وقال مالك كقولهم إلا أن الذميه تحصن المسلم بناء على أصله فى أنه لا يعتبر الكمال فى الزوجين ، وينبغى أن يكون ذلك قولا للشافعى .

ولنا : ما روى مالك عن نافع عن ابن عمر أنه قال : «جاء اليهود إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن رجلا منهم وامرأة زنيا وذكر الحديث فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما » متفق عليه ولأن الجناية بالزنا استوت من المسلم والذمى فيجب أن يستويا فى الحد ، وحديثهم لم يصح ولا نعرفه فى مسند وقيل هو موقوف على ابن عمر ثم يتعين حمله على إحصان القذف جمعاً بين الحديثين فإن راويهما واحد وحديثنا صريح فى الرجم فيتعين حمل خبرهم على الإحصان الآخر .

فإن قالوا : إنما رجم النبى صلى الله عليه وسلم اليهوديين بحكم التوراة بدليل أنه راجعها فلما تبين له أن ذلك حكم الله عليهم أقامه فيهم وفيها أنزل الله تعالى (إنا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون الذين أسلموا للذين هادوا) قلنا إنما حكم عليهم بما أنزل الله إليه بدليل قوله تعالى (فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا) ولأنه لا يسوغ للنبى صلى الله عليه وسلم الحكم بغير شريعته لو ساغ ذلك لساغ لغيره ، وإنما راجع التوراة لتعريفهم أن حكم التوراه موافق لما يحكم به عليهم وأنهم تاركون لشريعتهم مخالفون لحكمهم . ثم هذا حجة لنا فإن حكم الله فى وجوب الرجم إن كان ثابتاً فى حقهم يجب أن يحكم به عليهم ، فقد ثبت وجود الإحصان فيهم فإنه لا معنى له سوى وجوب الرجم على من زنى منهم بعد وجود شروط الإحصان منه وإن منعوا ثبوت

الحكم فى حقهم فلم حكم به النبي صلى الله عليه وسلم ؟ ولا يصح القياس على إحصان القذف لأن من شرطه العفة وليست شرطاهمنا .

(فصل) ولو ارتد المحصن لم يبطل إحصانه فلو أسلم بعد ذلك كان محصنا : وقال أبو حنيفة رضى الله عنه يبطل لأن الإسلام عنده شرط فى الإحصان وقد بينا أنه بشرط ثم هذا داخل فى عموم قوله عليه السلام « أو زنا بعد إحصان » ولأنه زنا بعد الإحصان فكان حده الرجم كالذى لم يرتد . فأما إن نقض الذى العهد ولحق بدار الحرب بعد إحصانه فسبي واسترق ثم أعتق احتمل أن لا يبطل إحصانه لأنه زنى بعد إحصانه فأشبه من ارتد . واحتمل أن يبطل لأنه بطل بكونه رقيقا فلا يعود إلا بسبب جديد بخلاف من ارتد .

(فصل) وإذا زنى وله زوجة له منها ولد فقال ما وطئها لم يرجم وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة يرجم لأن الولد لا يكون إلا من وطء فقد حكم بالوطء ضرورة الحكم بالولد .

ولنا : أن الولد يلحق بإمكان الوطء واحتماله ، والإحصان لا يثبت إلا بحقيقة الوطء فلا يلزم من ثبوت ما يكتفى فيه بالإمكان وجود ما تعتبر فيه الحقيقة وهو أحق الناس بهذا فإنه قال لو تزوج امرأة فى مجلس الحكم ثم طلقها فيه فأتت بولد لحقه مع العلم بأنه لم يطأها فى الزوجية فكيف يحكم بحقيقة الوطء مع تحقق انتفائه وهكذا لو كان لامرأة ولد من زوج فأنكرت أن يكون وطئها لم يثبت إحصانها لذلك .

(فصل) ولو شهدت بينة الإحصان أنه دخل بزوجته فقال أصحابنا يثبت الإحصان به لأن المفهوم من لفظ الدخول كالمفهوم من لفظ المجامعة . وقال محمد ابن الحسن لا يكتفى به حتى تقول جامعها أو باضعها أو نحوه لأن الدخول يطلق على الخلوة بها ولهذا تثبت بها أحكامه وهذا أصح القولين إن شاء الله تعالى . فأما إذا قالت جامعها أو باضعها فلا نعلم خلافا فى ثبوت الإحصان وهكذا ينبغى إذا قالت وطئها فإن قالت باشرها أو مسها أو أصابها أو أتاها فينبغى أن لا يثبت به الإحصان لأن هذا يستعمل فيما دون الجماع فى الفرج كثيراً فلا يثبت به الإحصان الذى يندرىء بالاحتمال .

(فصل) وإذا جلد الزانى على أنه بكر ثم بان محصناً رجم لما روى جابر « أن رجلا زنى بامرأة فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلد الحد ثم أخبر أنه محصن فرجم » رواه أبو داود . ولأنه إن وجب الجمع بينهما فقد أتى ببعض الواجب فيجب إتمامه ، وإن لم يجب الجمع بينهما تبين أنه لم يأت بالحد الواجب فيجب أن يأتى به .

« مسألة » قال (ويغسلان ويكفنان ويصلى عليهما ويدفنان)

لا خلاف فى تغسيلهما ودفنهما وأكثر أهل العلم يرون الصلاة عليهما. قال الإمام أحمد سئل على رضى الله عنه عن شراحه وكان رجمها فقال اصنعوا بها كما تصنعون بموتاكم وصلى على على شراحة ، وقال مالك من قتله الإمام فى حد لا نصلى عليه لأن جابراً قال فى حديث ماعز فرجم حتى مات فقال له النبى صلى الله عليه وسلم خيراً ولم يصل عليه . متفق عليه .

ولنا : ماروى أبو داود بإسناده عن عمران بن حصين حديث الجهنية فأمر بها النبى صلى الله عليه وسلم فرجمت ثم أمرهم فصلوا عليها فقال عمر يا رسول الله أتصلى عليها وقد زنت ؟ فقال « والذى نفسى بيده لقد تابت توبة لو قسمت بين سبعين من أهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت أفضل من أجادت بنفسها ؟» ورواه الترمذى وفيه فرجمت وصلى عليها وقال حديث حسن صحيح . وقال النبى صلى الله عليه وسلم « صلوا على من قال لا إله إلا الله » ولأنه مسلم لو مات قبل الحد صلى عليه فيصلى عليه بعده كالسارق وأما خبر ماعز فيحتمل أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحضره أو اشتغل عنه بأمر أو غير ذلك فلا يعارض ما رويناه .

« مسألة » قال (وإذا زنى الحر البكر جلد مائة وغرب عاما) .

يعنى لم يحصن وإن كان ثيباً وقد ذكرنا الإحصان وشروطه ، ولا خلاف فى وجوب الجلد على الزانى إذا لم يكن محصناً وقد جاء بيان ذلك فى كتاب الله تعالى بقوله سبحانه (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وجاءت الأحاديث عن النبى صلى الله عليه وسلم موافقة لما جاء به الكتاب ، ويجب مع الجلد تغريبه عاما فى قول جمهور العلماء . وروى ذلك عن الخلفاء الراشدين وبه قال أبى وأبو داود وابن مسعود وابن عمر رضى الله عنهم وإليه ذهب عطاء وطاوس

والثورى وابن أبي ليلى والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، وقال مالك والأوزاعى يغرب الرجل دون المرأة لأن المرأة تحتاج إلى حفظ وصيانة ولأنها لا تخلو من التغريب بمحرم أو بغير محرم لا يجوز التغريب بغير محرم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرم » ولأن تغريبها بغير محرم إغراء لها بالفجور وتضييع لها ، وإن غربت بمحرم أفضى إلى تغريب من ليس بزان ونفى من لا ذنب له وإن كلفت أجرته ففى ذلك زيادة على عقوبتها بما لم يرد الشرع به كما لو زاد ذلك على الرجل ، والخبر الخاص في التغريب إنما هو فى حق الرجل وكذلك فعل الصحابة رضى الله عنهم ، والعام يجوز تخصيصه لأنه يلزم من العمل بعمومه مخالفة مفهومه فإنه دل بمفهومه على أنه ليس على الزانى أكثر من العقوبة المذكورة فيه وإيجاب التغريب على المرأة يلزم منه الزيادة على ذلك وفوات حكمته لأن الحد وجب زجراً عن الزنا وفى تغريبها إغراء به وتمكين منه مع أنه قد يخصص فى حق الثيب بإسقاط الجلد فى قول الأكثرين فتخصيصه ههنا أولى ، وقال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن لا يجب التغريب لأن علياً رضى الله عنه قال : حسبهما من الفتنة أن ينفيا ، وعن ابن المسيب أن عمر غرب ربيعة ابن أمية ابن خلف فى الخمر إلى خيبر فلحق بهرقل فتنصر ، فقال عمر لا أغرب مسلماً بعد هذا أبداً ، ولأن الله تعالى أمر بالجلد دون التغريب فإيجاب الغريب زيادة على النص .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » وروى أبو هريرة وزيد بن خالد أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحدهما إن ابنى كان عسيفاً على هذا فزنى بامرأته وإنى افتديت منه بمائة شاة ووليدة . فسألت رجالا من أهل العلم . فقالوا إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام والرجم على امرأة هذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم « والذى نفسى بيده لأقضين بينكما بكتاب الله عز وجل على ابنك جلد مائة وتغريب عام وجلد ابنه مائة وغربه عاماً وأمر أنيساً الأسلمى أن يأتى امرأة الآخر فإن اعترفت رجمها فاعترفت فرجمها » متفق عليه ، وفى الحديث أنه قال : سألت رجالا من أهل العلم فقالوا إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام ، وهذا يدل على أن هذا كان مشهوراً عندهم من حكم الله تعالى وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم . وقد قيل إن الذى قال له

هذا هو أبو بكر وعمر رضى الله عنهما ، ولأن التغريب فعله الخلفاء الراشدون ولا نعرف لهم فى الصحابة مخالفاً . فكان إجماعاً ولأن الخبر يدل على عقوبتين فى حق الثيب وكذلك فى حق البكر ، وماروره عن على لايثبت لضعف رواته وإرساله ، وقول عمر لا أغرب بعده مسلماً . فيحتمل أنه أراد تغريبه فى الخمر الذى أصابت الفتنة ربيعة فيه ، وقول مالك يخالف عموم الخبر والقياس لأن ما كان حداً فى الرجل يكون حداً فى المرأة كسائر الحدود ، وقول مالك فيما يقع لى أصح الأقوال وأعدلها وعموم الخبر مخصوص بخبر النهى عن سفر المرأة بغير محرم ، والقياس على سائر الحدود لايصح لأنه يستوى الرجل والمرأة فى الضرر الحاصل بها بخلاف هذا الحد. ويمكن قلب هذا القياس بأنه حد فلا تزاد فيه المرأة على ما على الرجل كسائر الحدود .

(فصل) ويغرب البكر الزانى حولا كاملا فإن عاد قبل مضى الحول أعيد تغريبه حتى يكمل الحول مسافراً ويبنى على ما مضى ، ويغرب الرجل إلى مسافة القصر لأن ما دونها فى حكم الحضر بدليل أنه لايثبت فى حقه أحكام المسافرين . ولا يستبيح شيئاً من رخصهم . فأما المرأة فإن خرج معها محرما نفيت إلى مسافة القصر وإن لم يخرج معها محرما فقد نقل عن أحمد أنها تغرب إلى مسافة القصر كالرجل وهذا مذهب الشافعى .

وروى عن أحمد : أنها تغرب إلى دون مسافة القصر لتقرب من أهلها فيحفظوها ويحتمل كلام أحمد أن لا يشترط فى التغريب مسافة القصر فإنه قال فى رواية الأثرم ينفى من عمله إلى عمل غيره . وقال أبو ثور وابن المنذر لو نفى إلى قرية أخرى بينهما ميل أو أقل جاز . وقال إسحاق يجوز أن ينفى من مصر إلى مصر ونحوه قال ابن أبى ليلى لأن النفى ورد مطلقاً غير مقيد فيتناول أقل ما يقع عليه الاسم ، والقصر يسمى سفراً ويجوز فيه التيمم والنافلة على الراحلة ولا يحبس فى البلد الذى نفى إليه وبهذا قال الشافعى وقال مالك يحبس .

ولنا : أنه زيادة لم يرد بها الشرع فلا تشرع كالزيادة على العام .

(فصل) وإذا زنى الغريب غرب إلى بلد غير وطنه ، وإن زنى فى البلد الذى غرب إليه غرب منه إلى غير البلد الذى غرب منه . لأن الأمر بالتغريب يتناوله حيث كان ولأنه قد أنس بالبلد الذى سكنه فيبعد عنه .

(فصل) ويخرج مع المرأة محرمها حتى يسكنها فى موضع ثم إن شاء رجع إذا أمن عليها . وإن شاء أقام معها حتى يكمل حولها وإن أبى الخروج معها بذلت له الأجرة قال أصحابنا : وتبذل من مالها . لأن هذا من مؤنة سفرها . ويحتمل أن لا يجب ذلك عليها . لأن الواجب عليها التغرب بنفسها . فلم يلزمها زيادة عليه كالرجل ولأن هذا من مؤنة إقامة الحد فلم يلزمها كأجرة الجلاد ، فعلى هذا تبذل الأجرة من بيت المال وعلى قول أصحابنا : إن لم يكن لها مال بذلت من بيت المال فإن أبى محرمها الخروج معها لم يجبر وإن لم يكن لها محرم غربت مع نساء ثقات . والقول فى أجرة من يسافر معها منهن كالقول فى أجرة المحرم فإن أعوز فقد قال أحمد : تبقى بغير محرم وهو قول الشافعى لأنه لاسبيل إلى تأخيره . فأشبه سفر الهجرة والحج إذا مات محرمها فى الطريق . ويحتمل أن يسقط النفى إذا لم يجد محرما كما يسقط سفر الحج إذا لم يكن لها محرم فإن تغريبها إغراء لها بالفجور وتعريض لها للفتنة وعموم الحديث مخصوص بعموم النهى عن سفرها بغير محرم .

(فصل) ويجب أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين لقول الله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) قال أصحابنا والطائفة واحد فمافوقه وهذا قول ابن عباس ومجاهد والظاهر أنهم أرادوا واحداً مع الذى يقيم الحد لأن الذى يقيم الحد حاصل ضرورة فيتعين صرف الأمر إلى غيره . وقال عطاء وإسحاق اثنان فإن أراد به واحداً مع الذى يقيم الحد فهو مثل القول الأول . وإن أراد اثنين غيره فوجهه أن الطائفه اسم لما زاد على الواحد وأقله اثنان . وقال الزهرى ثلاثة لأن الطائفة جماعة وأقل الجمع ثلاثة وقال مالك أربعة لأنه العدد الذى يثبت به الزنا وللشافعى قولان كقول الزهرى ومالك . وقال ربيعة خمسة . وقال الحسن عشرة . وقال قتادة نفر واحتج أصحابنا بقول ابن عباس ولأن اسم الطائفة يقع على الواحد بدليل قول الله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا) ثم قال (فأصلحوا بين أخويكم) وقيل فى قوله تعالى (إن نعف عن طائفة منكم نعذب طائفة) أنه مخش بن حمير وحده . ولايجب أن يحضر الإمام ولا الشهود وبهذا قال الشافعى وابن المنذر . وقال أبو حنيفه إن ثبت الحد ببينة فعليها الحضور والبداءة بالرجم . وإن ثبت باعتراف وجب على الإمام الحضور والبداءة بالرجم . لما روى عن على رضى الله عنه أنه قال « الرجم رجمان . فما كان منه بإقرار فأول من يرجم الإمام ثم الناس

وما كان ببينة فأول من يرجم البينة ثم الناس» . رواه سعيد بإسناده. ولأنه إذا لم تحضر البينة ولا الإمام كان ذلك شبهة والحد يسقط بالشبهات .

ولنا : أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر برجم ماعز والغامدية ولم يحضرهما . والحد ثبت باعترافهما وقال « يا أنيس اذهب إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ولم يحضرها ، ولأنه حد فلم يلزم أن يحضره الإمام ولا البينة كسائر الحدود ولا نسلم أن تخلفهم عن الحضور ولا امتناعهم من البداءة بالرجم شبهة . وأما قول علي رضي الله عنه . فهو على سبيل الاستحباب والفضيلة قال أحمد سنة الاعتراف أن يرجم الإمام ثم الناس . ولا نعلم خلافاً في استحباب ذلك والأصل فيه قول علي رضي الله عنه . وقد روى في حديث رواه أبو بكر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه رجم امرأة فحفر لها إلى الثندوة ثم رماها بحصاه مثل الحمصة ثم قال « ارموا واتقوا الوجه » أخرجه أبو داود .

(فصل) ولا يقام الحد على حامل حتى تضع سواء كان الحمل من زنا أو غيره لا نعلم في هذا خلافاً . قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن الحامل لا ترجم حتى تضع . وقد روى بريدة « أن امرأة من بني غامد قالت يارسول الله طهرني قال وماذاك؟ قالت : إنها حبلى من زنا قال : أنت ؟ قالت : نعم فقال لها : ارجعي حتى تضعي ما في بطنك . قال فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت قال فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال : إذاً لا نرجمها وندع ولدها صغيراً ليس له من ترضعه . فقام رجل من الأنصار فقال إلى إرضاعه يانبي الله قال فرجمها » رواه مسلم وأبو داود وروى أن امرأة زنت في أيام عمر رضي الله عنه . فهم عمر برجمها وهي حامل فقال له معاذ إن كان لك سبيل عليها فليس لك سبيل على حملها فقال عجز النساء أن يلدن مثلك ولم يرجمها وعن علي مثله . ولأن في إقامة الحد عليها في حال حملها إتلافاً لمعصوم ولا سبيل إليه وسواء كان الحد رجماً أو غيره ، لأنه لا يؤمن تلف الولد من سراية الضرب والقطع وربما سرى إلى نفس المضروب والمقطوع فيفوت الولد بفواته فإذا وضعت الولد . فإن كان الحد رجماً لم ترجم حتى تسقيه اللبأ لأن الولد لا يعيش إلا به ثم إن كان له من يرضعه أو تكفل أحد برضاعه رجمت وإلا تركت

حتى تفطمه لما ذكرنا من حديث الغامدية . ولما روى أبو داود بإسناده عن بريدة « أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت إنى فجرت فو الله إنى لحبلى فقال لها « إرجعى حتى تلدى » فرجعت فلما ولدت أتته بالصبي فقال « ارجعى فارضعيه حتى تفطميه » فجاءت به وقد فطمته وفى يده شيء يأكله فأمر بالصبي فدفع إلى رجل من المسلمين فأمر بها فحفر لها وأمر بها فرجمت وأمر بها فصلى عليها ودفنت . وإن لم يظهر حملها لم تؤخر لاحتمال أن تكون حملت من الزنا لأن النبي صلى الله عليه وسلم رجم اليهودية والجهنية . ولم يسأل عن استبرائهما وقال لأنيس « اذهب إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » ولم يأمره بسؤالها عن استبرائها ورجم على شراحة ولم يستبرئها ، وإن ادعت الحمل قبل قولها كما قبل النبي صلى الله عليه وسلم قول الغامديه ، وإن كان الحد جلداً فإذا وضعت الولد وانقطع النفاس وكانت قوية يؤمن تلفها أقيم عليها الحد وإن كانت فى نفسها أو ضعيفة يخاف تلفها لم يقم عليها الحد حتى تطهر وتقوى وهذا قول الشافعي وأبي حنيفة وذكر القاضى : أنه ظاهر كلام الخرقى وقال أبو بكر يقام عليها الحد فى الحال بسوط يؤمن معه التلف فإن خيف عليها من السوط أقيم بالعثكول يعنى شمراخ النخل وأطراف الثياب لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بضرب المريض الذى زنا فقال « خذوا له مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة واحدة » .

ولنا : ماروى عن على رضى الله عنه أنه قال « إن أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمرنى أن أجلدها فإذا هى حديثة عهد بنفاس فخشيت إن أنا جلدتها أن أقتلها فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال . أحسنت ؟ » رواه والنسائى وأبو دواد ولفظه قال فأتيته فقال « ياعلى أفرغت ؟ » فقلت أتيتها ودمها يسيل فقال « دعها حتى ينقطع عنها الدم ثم أقم عليها الحد » وفى حديث أبى بكرة أن المرأة انطلقت فولدت غلاماً فجاءت به النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها « انطلقى فتطهرى من الدم » رواه أبو داود، ولأنه لو توالى عليه حدان فاستوفى أحدهما لم يستوف الثانى حتى يبرأ من الأول . ولأن فى تأخيره إقامة الحد على الكمال من غير إتلاف فكان أولى .

(فصل) والمريض على ضربين . أحدهما : يرجى برؤه فقال أصحابنا : يقام عليه ولا يؤخر كما قال أبو بكر فى النفساء . وهذا قول إسحاق وأبى ثور لأن عمر رضى الله عنه أقام الحد على قدامة بن مظعون فى مرضه ولم يؤخره وانتشر ذلك فى الصحابة فلم ينكروه فكان إجماعا . ولأن الحد واجب فلا يؤخر ما أوجبه الله بغير حجة قال القاضى :

وظاهر قول الخرقى تأخيره لقوله فيمن يجب عليه الحد : وهو صحيح عاقل وهذا قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لحديث على رضى الله عنه فى التى هى حديثة عهد بنفاس وما ذكرناه من المعنى ، وأما حديث عمر فى جلد قدامة فإنه يحتمل أنه كان مرضاً خفيفاً لايمنع من إقامة الحد على الكمال ولهذا لم ينقل عنه أنه خفف عنه فى السوط وإنما اختار له سوطاً وسطا كالذى يضرب به الصحيح ثم أن فعل النبي صلى الله عليه وسلم يقدم على فعل عمر مع أنه اختيار على وفعله وكذلك الحكم فى تأخيره لأجل الحر والبرد المفرط .

الضرب الثانى : المريض الذى لا يرجى برؤه . فهذا يقام عليه فى الحال ولا يؤخر بسوط يؤمن معه التلف كالقضيب الصغير وشمراخ النخل فإن خيف عليه من ذلك جمع ضغث فيه مائة شمراخ فضرب به ضربة واحدة وبهذا قال الشافعي وأنكر مالك هذا وقال قد قال الله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا جلدة واحدة .

ولنا ماروى أبو أمامة بن سهل بن حنيف عن بعض أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم « أن رجلا منهم اشتكى حتى ضنى فدخلت عليه امرأة فهش لها فوقع بها فسئل له رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذوا مائة شمراخ فيضربوه ضربة واحدة » . رواه أبو داود والنسائي وقال ابن المنذر فى إسناده مقال ولأنه لايخلو من أن يقام الحد على ماذكرنا أو لايقام أصلا أو يضرب ضربا كاملا لايجوز تركه بالكليه لأنه يخالف الكتاب والسنة ولا يجوز جلده جلداً تاما لأنه يفضى إلى إتلافه فتعين ماذكرناه وقولهم هذا جلدة واحده قلنا يجوز أن يقام ذلك فى حال العذر مقام مائة كما قال الله تعالى فى حق أيوب (وخذ بيدك ضغثاً فاضرب به ولاتحنث) وهذا أولى من ترك حده بالكلية أوقتله بما لايوجب القتل .

« مسألة » قال (وإذا زنى العبد والأمة جلد كل واحد منهما خمسين جلدة ولم يغربا) .

وجملته : أن حد العبد والأمة خمسون جلدة بكرين كانا أو ثيبين فى قول أكثر الفقهاء منهم عمر وعلى وابن مسعود والحسن والنخعى ومالك والأوزاعى وأبو حنيفة والشافعي والبتي والعنبرى وقال ابن عباس وطاوس وأبو عبيد إن كانا

مزوجين فعليهما نصف الحد ، ولا حد على غيرهما لقول الله تعالى (فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) فدليل خطابه أنه لا حد على غير المحصنات وقال داود على الأمة نصف الحد إذا زنت بعد ما زوجت وعلى العبد جلد مائة بكل حال وفى الأمة إذا لم تزوج روايتان .

إحداهما : لاحد عليها ، والأخرى : تجلد مائة لأن قوله تعالى (فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) عام خرجت منه الأمة المحصنة بقوله (فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) فيبقى العبد والأمة التى لم تحصن على مقتضى العموم ويحتمل دليل الخطاب فى الأمة أن لا حد عليها لقول ابن عباس ، وقال أبو ثور إذا لم يحصنا بالتزويج فعليهما نصف الحد وإن أحصنا فعليهما الرجم لعموم الأخبار فيه ولأنه حد لا يتبعض فوجب تكميله كالقطع فى السرقة .

ولنا : ما روى ابن شهاب عن عبيد الله بن عبد الله عن أبى هريرة وزيد بن خالد قالوا سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الأمه إذا زنت ولم تحصن فقال « إذا زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فبيعوها ولو بضفير » متفق عليه قال ابن شهاب وهذا نص فى جلد الأمة إذا لم تحصن وهو حجة على ابن عباس وموافقيه وداود وجعل داود عليها مائة إذا لم تحصن وخمسين إذا كانت محصنة خلاف ما شرع الله تعالى فإن الله تعالى ضاعف عقوبة المحصنة على غيرها فجعل الرجم على المحصنة والجلد على البكر ، وداود ضاعف عقوبة البكر على المحصنة واتباع شرع الله أولى وأما دليل الخطاب فقد روى عن ابن مسعود رحمه الله أنه قال إحصانها إسلامها وأقراؤها بفتح الألف ثم دليل الخطاب إنما يكون دليلا إذا لم يكن للتخصيص بالذكر فائدة سوى اختصاصه بالحكم ومتى كانت له فائده أخرى لم يكن دليلا مثل أن يخرج مخرج الغالب أو للتنبيه أو لمعنى من المعانى وقد قال الله تعالى (وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم) ولم يختص التحريم باللاتى فى حجوركم وقال (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) وحرم حلائل الأبناء من الرضاع وأبناء الأبناء وقال (ليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) وأبيح القصر بدون الخوف وأما العبد فلا فرق بينه وبين

الأمة فالتنصيص على أحدهما يثبت حكمه فى حق الآخر كما أن قول النبى صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له فى عبد » ثبت حكمه فى حق الأمة ثم إن المنطوق أولى منه على كل حال، وأما أبو ثور فخالف نص قوله (فإذا أحصن فإن أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) وعمل به فيما لم يتناوله النص وخرق الإجماع فى إيجاب الرجم على المحصنات كما خرق داود الإجماع فى تكميل الجلد على العبيد وتضعيف حد الأبكار على المحصنات .

(فصل) ولا تغريب على عبد ولا أمة . وبهذا قال الحسن وحماد ومالك وإسحاق وقال الثورى وأبو ثور يغرب نصف عام لقوله تعالى : (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) وحد ابن عمر مملوكة له ونفاها إلى فدك وعن الشافعى قولان كالمذهبين واحتج من أوجبه بعموم قوله عليه السلام « والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » .

ولنا : الحديث المذكور فى حجتنا ولم يذكر فيه تغريبا ولو كان واجباً لذكره لأنه لا يجوز تأخير البيان عن وقته ، وحديث على رضى الله عنه أنه قال « يا أيها الناس أقيموا على أرقائكم الحد من أحصن منهم ومن لم يحصن فإن أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمرنى أن أجلدها » وذكر الحديث رواه أبو داود ولم يذكر أنه غربها وأما الآية فإنها حجة لنا لأن العذاب المذكور فى القرآن مائة جلدة لا غير فينصرف التنصيف إليه دون غيره بدليل أنه لم ينصرف إلى تنصيف الرجم ولأن التغريب فى حق العبد عقوبة لسيده دونه فلم يجب فى الزنا كالتغريم ، بيان ذلك أن العبد لا ضرر عليه فى تغريبه لأنه غريب فى موضعه ويترفه بتغريبه من الخدمة ويتضرر سيده بتفويت خدمته والخطر بخروجه من تحت يده والكلفة فى حفظه والإنفاق عليه مع بعده عنه فيصير الحد مشروعاً فى حق غير الزانى والضرر على غير الجانى ، وما فعل ابن عمر ففى حق نفسه وإسقاط حقه وله فعل ذلك من غير زنا ولا جناية فلا يكون حجة فى حق غيره .

(فصل) وإذا زنى العبد ثم عتق حد حد الرقيق لأنه إنما يقام عليه الحد الذى وجب عليه ، ولو زنى حر ذمى ثم لحق بدار الحرب ثم سبي واسترق حد حد الأحرار لأنه وجب عليه وهو حر ، ولو كان أحد الزانيين رقيقا والآخر حراً فعلى

كل واحد منهما حده ولو زنى بكر بثيب حد كل واحد منهما حده لأن كل واحد منهما إنما تلزمه عقوبة جنايته ، ولو زنى بعد العتق وقبل العلم به فعليه حد الأحرار لأنه زنى وهو حر ، وإن أقيم عليه حد الرقيق قبل العلم بحريته ثم علمت بعد تمم عليه حد الأحرار ، وإن عفا السيد عن عبده لم يسقط عنه الحد فى قول عامة أهل العلم إلا الحسن ، قال : يصح عفوه وليس بصحيح لأنه حق لله تعالى فلا يسقط بإسقاط سيده كالعبادات وكالحر إذا عفا عنه الإمام .

(فصل) وللسيد إقامة الحد بالجلد على رقيقه القن فى قول أكثر العلماء روى نحو ذلك عن على وابن مسعود وابن عمر وأبى حميد وأبى أسيد الساعديين وفاطمة إبنةَ النبى صلى الله عليه وسلم وعلقمة والأسود والزهرى وهبيرة بن مريم وأبى ميسرة ومالك والثورى والشافعى وأبى ثور وابن المنذر .

وقال ابن أبى ليلى ؛ أدركت بقايا الأنصار يجلدون ولائدهم فى مجالسهم الحدود إذا زنوا . وعن الحسن بن محمد أن فاطمة حدت جارية لها زنت ، وعن إبراهيم أن علقمة والأسود كانا يقيمان الحدود على من زنى من خدم عشائرهم روى ذلك سعيد فى سننه .

وقال أصحاب الرأى : ليس له ذلك لأن الحدود إلى السلطان ولأن من لا يملك إقامة الحد على الحر لا يملكه على العبد كالصبى ، ولأن الحد لا يجب إلا ببينة أو إقرار ويعتبر لذلك شروط من عدالة الشهود ومجيئهم مجتمعين أو فى مجلس واحد وذكر حقيقة الزنا وغير ذلك من الشروط التى تحتاج إلى فقيه يعرفها ويعرف الخلاف فيها والصواب منها وكذلك الإقرار فينبغى أن يفوض ذلك إلى الإمام أو نائبه كحد الأحرار ، ولأنه حد هو حق لله تعالى فيفوض إلى الإمام كالقتل والقطع .

ولنا : ما روى سعيد حدثنا سفيان عن أيوب بن موسى عن سعيد بن أبى سعيد عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليجلدها ولا يثرب بها فإن عادت فليجلدها ولا يثرب بها فإن عادت فليجلدها ولا يثرب بها فإن عادت الرابعة فليجلدها وليبعها ولو بضفير » وقال حدثنا

أبو الأحوص حدثنا عبد الأعلى عن أبي جميلة عن على عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » رواه الدارقطني ولأن السيد يملك تأديب أمته وتزويجها فملك إقامة الحد عليها كالسلطان وفارق الصبي .

إذا ثبت هذا : فإنما يملك إقامة الحد بشروط أربعة . أحدها : أن يكون جلداً كحد الزنا والشرب وحد القذف ، فأما القتل في الردة والقطع في السرقة فلا يملكهما إلا الإمام وهذا قول أكثر أهل العلم وفيهما وجه آخر أن السيد يملكهما وهو ظاهر مذهب الشافعي لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » وروى أن ابن عمر قطع عبداً سرق وكذلك عائشة ، وعن حفصة أنها قتلت أمة لها سحرتها ولأن ذلك حد أشبه الجلد ، وقال القاضي كلام أحمد يقتضى أن في قطع السارق روايتين .

ولنا : أن الأصل تفويض الحد إلى الإمام لأنه حق لله تعالى فيفوض إلى نائبه كما في حق الاحرار ولما ذكره أصحاب أبي حنيفة وإنما فوض إلى السيد الجلد خاصة لأنه تأديب والسيد يملك تأديب عبده وضربه على الذنب وهذا من جنسه ، وإنما افترقا في أن هذا مقدر والتأديب غير مقدر وهذا لا أثر له في منع السيد منه بخلاف القطع والقتل فإنهما إتلاف لجملته أو بعضه الصحيح ولا يملك السيد هذا من عبده ولا شيئاً من جنسه والخبر الوارد في حد السيد عبده إنما جاء في الزنا خاصة وإنما قسنا عليه مايشبهه من الجلد ، وقوله « أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » إنما جاء في سياق الجلد في الزنا فان أول الحديث عن على قال أخبر النبي صلى الله عليه وسلم بأمة لهم فجرت فأرسلني إليها فقال « اجلدها الحد » قال فانطلقت فوجدتها لم تجف من دمها فرجعت إليه فقال « أفرغت ؟ » فقلت وجدتها لم تجف من دمها قال « إذا جفت من دمها فاجلدها الحد وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم » قال فالظاهر أنه إنما أراد ذلك الحد وشبهه ، وأما فعل حفصة فقد أنكره عثمان عليها وشق عليه وقوله أولى من قولها وما روى عن ابن عمر فلا نعلم ثبوته عنه .

الشرط الثاني: أن يختص السيد بالمملوك، فان كان مشتركا بين اثنين أو كانت الأمة مزوجة أو كان المملوك مكاتباً أو بعضه حراً لم يملك السيد إقامة الحد عليه ، وقال مالك

والشافعى : يملك السيد إقامة الحد على الأمة المزوجة لعموم الخبر ، ولأنه مختص بملكها وإنما يملك الزوج بعض نفعها فأشبهت المستأجرة .

ولنا ما روى عن ابن عمر أنه قال إذا كانت الأمة ذات زوج رفعت إلى السلطان وإن لم يكن لها زوج جلدها سيدها نصف ما على المحصن ولم نعرف له مخالفا فى عصره فكان إجماعاً ، ولأن نفعها مملوك لغيره مطلقا أشبهت المشتركة ، ولأن المشترك إنما منع من إقامة الحد عليه لأنه يقيمه فى غير ملكه فإن الجزء الحر أو المملوك لغيره ليس بمملوك له وهو يقيم الحد عليه وهذا يشبهه لأن محل الحد هو محل استمتاع الزوج وهو بدنها فلا يملكه والخبر مخصوص بالمشترك فنقيس عليه والمستأجرة إجارتها مؤقتة تنقضى ويحتمل أن نقول لا يملك إقامته عليها فى حال إجارتها لأنه ربما أفضى إلى تفويت حق المستأجر وكذلك الأمة المرهونة يخرج فيها وجهان .

الشرط الثالث : أن يثبت الحد ببينة أو اعتراف فإن ثبت باعتراف فللسيد إقامته إذا كان يعرف الاعتراف الذى يثبت به الحـــد وشروطه ، وإن ثبت ببينة أعتبر أن يثبت عند الحاكم لأن البينة تحتاج إلى البحث عن العدالة ومعرفة شروط سماعها ولفظها ولا يقوم بذلك إلا الحاكم ، وقال القاضى يعقوب إن كان السيد يحسن سماع البينة ويعرف شروط العدالة جاز أن يسمعها ويقيم الحد بها كما يقيمه بالإقرار وهذا ظاهر نص الشافعى لأنها أحد ما يثبت به الحد فأشبهت الإقرار ولا يقيم السيد الحد بعلمه وهذا قول مالك لأنه لا يقيمه الإمام بعلمه فالسيد أولى فإن ولاية الإمام للحد أقوى من ولاية السيد لكونها متفقاً عليها وثابتة بالإجماع فإذا لم يثبت الحد فى حقه بالعلم فههنا أولى وعن أحمد رواية أخرى أنه يقيمه بعلمه لأنه قد ثبت عنده فملك إقامته كما لو أقر به ، ويفارق الحاكم لأن الحاكم متهم ولا يملك محل إقامته وهذا بخلافه .

الشرط الرابع : أن يكون السيد بالغاً عاقلا عالماً بالحدود وكيفية إقامتها لأن الصبي والمجنون ليسا من أهل الولايات والجاهل بالحد لا يمكنه إقامته على الوجه الشرعى فلا يفوض إليه ، وفى الفاسق وجهان أحدهما : لا يملكه لأن هذه ولاية فنافاها الفسق كولاية التزويج . والثانى : يملكه لأن هذه ولاية استفادها بالملك فلم

ينافيها الفسق كبيع العبد ، وإن كان مكاتباً ففيه احتمالان أحدهما : لا يملكه لأنه ليس من أهل الولاية والثاني : يملكه لأنه يستفاد بالملك فأشبه سائر تصرفاته ، وفي المرأة أيضاً احتمالان أحدهما : لا تملكه لأنها ليست من أهل الولايات والثاني : تملكه لأن فاطمة جلدت أمة لها وعائشة قطعت أمة لها سرقت وحفصة قتلت أمة لها سحرتها ولأنها مالكة تامة الملك من أهل التصرفات أشبهت الرجل ، وفيه وجه ثالث أن الحد يفوض إلى وليها لأنه يزوج أمتها ومولاتها فلك إقامة الحد على مملوكتها .

(فصل) وإن فجر بأمة ثم قتلها فعليه الحد وقيمتها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو ثور وقال أبو يوسف إذا وجبت عليه قيمتها أسقطت الحد عنه لأنه يملكها بغرامته لها فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد .

ولنا : أن الحد وجب عليه فلم يسقط بقتل المزني بها كما لو كانت حرة فغرم ديتها ، وقولهم إنه يملكها غير صحيح لأنه إنما غرمها بعد قتلها ولم يبق محلا للملك ثم لو ثبت أنه ملكها فإنما ملكها بعد وجوب الحد فلم يسقط عنه الحد كما لو اشتراها ، ولو زنى بأمة ثم اشتراها لم يسقط عنه الحد مع ثبوت حقيقة الملك له فههنا أولى ، ولو زنى بأمة ثم غصبها فأبقت من يده ثم غرمها لم يسقط عنه الحد لأنه إذا لم يسقط بالملك المتفق عليه فبالمختلف فيه أولى .

(فصل) وإذا زنى من نصفه حر ونصفه رقيق فلا رجم عليه لأنه لم تكمل الحرية فيه وعليه نصف حد الحر خمسون جلدة ونصف حد العبد خمس وعشرون فيكون عليه خمس وسبعون جلدة ويغرب نصف عام نص عليه أحمد ، ويحتمل أن لا يغرب لأن حق السيد في جميعه في جميع الزمان ونصيبه من العبد لا تغريب عليه فلا يلزمه ترك حقه في بعض الزمان بما لا يلزمه ولا تأخير حقه بالمهايأة من غير رضاه ، وإن قلنا بوجوب تغريبه فينبغي أن يكون زمن التغريب محسوبا على العبد من نصيبه الحر وللسيد نصف عام بدلا عنه ، وما زاد من الحرية أو نقص منها فبحساب ذلك فإن كان فيها كسر مثل أن يكون ثلثه حراً فمقتضى ما ذكرناه أن يلزمه ثلثا جلد الحر وهو ست وستون جلدة وثلثان فينبغي أن يسقط الكسر لأن الحد متى دار بين الوجوب والإسقاط سقط ، والمدبر والمكاتب وأم الولد بمنزلة القن في

الحد لأنه رقيق كله . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » .

« مسألة » قال (والزانى من أتى الفاحشة من قبل أو دبر)

لا خلاف بين أهل العلم فى أن من وطىء امرأة فى قبلها حراما لاشبهة له فى وطئها أنه زان يجب عليه حد الزنا إذا كملت شروطه ، والوطء فى الدبر مثله فى كونه زنا لأنه وطء فى فرج امرأة لا ملك له فيها ولا شبهة ملك فكان زنا كالوطء فى القبل ولأن الله تعالى قال : (واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم) الآية . ثم بين النبي صلى الله عليه وسلم أنه قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والوطء فى الدبر فاحشة لقوله تعالى فى قوم لوط (أتأتون الفاحشة ؟) يعنى الوطء فى أدبار الرجال ويقال أول ما بدأ قوم لوط بوطء النساء فى أدبارهن ثم صاروا إلى ذلك فى الرجال .

(فصل) وإن وطىء ميتة ففيه وجهان أحدهما : عليه الحد وهو قول الأوزاعى لأنه وطء فى فرج آدمية فأشبه وطء الحية ولأنه أعظم ذنباً وأكثر إثماً لأنه انضم إلى فاحشة هتك حرمة الميتة والثانى : لا حد عليه وهو قول الحسن قال أبو بكر وبهذا أقول لأن الوطء فى الميتة كلاوطء لأنه عضو مستهلك ولأنها لا يشتهى مثلها وتعافها النفس فلا حاجة إلى شرع الزجر عنها والحد إنما وجب زجراً ؛ وأما الصغيرة فإن كانت ممن يمكن وطؤها فوطؤها زنا يوجب الحد لأنها كالكبيرة فى ذلك وإن كانت ممن لا يصلح للوطء ففيها وجهان كالميتة . قال القاضى لاحد على من وطىء صغيرة لم تبلغ تسعاً لأنها لا يشتهى مثلها فأشبه ما لو أدخل أصبعه فى فرجها وكذلك لو استدخلت امرأة ذكر صبي لم يبلغ عشراً لا حد عليها ، والصحيح أنه متى أمكن وطؤها وأمكنت المرأة من أمكنه الوطء فوطئها أن الحد يجب على المكلف منهما فلا يجوز تحديد ذلك بتسع ولا عشر لأن التحديد إنما يكون بالتوقيف ولا توقيف فى هذا وكون التسع وقتاً لإمكان الاستمتاع غالباً لا يمنع وجوده قبله كما أن البلوغ يوجد فى خمسة عشر عاماً غالباً ولم يمنع من وجوده قبله .

(فصل) وإن تزوج ذات محرمه فالنكاح باطل بالإجماع فإن وطئها فعليه الحد في قول أكثر أهل العلم منهم الحسن وجابر بن زيد ومالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو أيوب وابن أبي خيثمة . وقال أبو حنيفة والثوري لا حد عليه لأنه وطء تمكنت الشبهة منه فلم يوجب الحد كما لو اشترى أخته من الرضاع ثم وطئها ، وبيان الشبهة أنه قد وجدت صورة المبيح وهو عقد النكاح الذي هو سبب للإباحة فإذا لم يثبت حكمه وهو الإباحة بقيت صورته شبهة دارئة للحد الذي يندرىء بالشبهات .

ولنا : أنه وطء في فرج امرأة مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطىء من أهل الحد عالم بالتحريم فيلزمه الحد كما لو لم يوجد العقد ، وصورة المبيح إنما تكون شبهة إذا كانت صحيحة والعقد ههنا باطل محرم وفعله جناية تقتضي العقوبة انضمت إلى الزنا فلم تكن شبهة كما لو أكرهها وعاقبها ثم زنى بها ، ثم يبطل بالاستيلاء عليها فإن الاستيلاء سبب للملك في المباحات وليس بشبهة ، وأما إذا اشترى أخته من الرضاع فلنا فيه منع وإن سلمنا فإن الملك المقتضي للإباحة صحيح ثابت وإنما تخلفت الإباحة لمعارض بخلاف مسألتنا فإن المبيح غير موجود لأن عقد النكاح باطل والملك به غير ثابت فالمقتضي معدوم فافترقا فأشبه ما لو اشترى خمراً فشربه أو غلاما فوطئه . إذا ثبت هذا فاختلف في الحد فروى عن أحمد أنه يقتل على كل حال ، وبهذا قال جابر بن زيد وإسحاق وأبو أيوب وابن أبي خيثمة وروى إسماعيل بن سعيد عن أحمد في رجل تزوج امرأة أبيه أو بذات محرم فقال يقتل ويؤخذ ماله إلى بيت المال .

والرواية الثانية : حده حد الزاني وبه قال الحسن ومالك والشافعي لعموم الآية والخبر ووجه الأولى ماروى البراء قال « لقيت عمي ومعه الراية فقلت إلى أين تريد ؟ فقال بعثني رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى رجل نكح امرأة أبيه من بعده أن أضرب عنقه وآخذ ماله » رواه أبو داود والجوزجاني وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن، وسمى الجوزجاني عمه الحارث بن عمرو .

وروى الجوزجاني وابن ماجه بإسنادهما عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من وقع على ذات محرم فاقتلوه » ورفع إلى الحجاج رجل

أغتصب أخته على نفسها فقال احبسوه وسلوا من ههنا من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فسألوا عبد الله بن أبي مطرف فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من تخطى المؤمنين فخطوا وسطه بالسيف » وهذه الأحاديث أخص مما ورد في الزنا فتقدم ، والقول فيمن زنى بذات محرمه من غير عقد كالقول فيمن وطئها بعد العقد .

(فصل) وكل نكاح أجمع على بطلانه كنكاح خامسة أو متزوجة أو معتدة أو نكاح المطلقة ثلاثاً إذا وطىء فيه عالماً بالتحريم فهو زنا موجب للحد المشروع فيه قبل العقد وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة وصاحباه لا حد فيه لما ذكروه في الفصل الذي قبل هذا وقال النخعي يجلد مائة ولا ينفى .

ولنا : ما ذكرناه فيما مضى ، وروى أبو نصر المروذي بإسناده عن عبيد بن نضيلة قال رفع إلى عمر بن الخطاب امرأة تزوجت في عدتها فقال هل علمتما ؟ فقالا : لا ، قال لو علمتما لرجمتكما فجلده أسواطاثم فرق بينهما ، وروى أبو بكر بإسناده عن خلاس قال رفع إلى علي عليه السلام امرأة تزوجت ولها زوج كتمته فرجمها وجلد زوجها الآخر مائة جلدة فإن لم يعلم تحريم ذلك فلا حد عليه لعذر الجهل ولذلك درأ عمر عنهما الحد لجهلهما .

(فصل) ولا يجب الحد بالوطء في نكاح مختلف فيه كنكاح المتعة والشغار والتحليل والنكاح بلا ولي ولا شهود ونكاح الأخت في عدة أختها البائن ونكاح الخامسة في عدة الرابعة البائن ونكاح المجوسية وهذا قول أكثر أهل العلم لأن الاختلاف في إباحة الوطء فيه شبهة والحدود تدرأ بالشبهات قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن الحدود تدرأ بالشبه .

(فصل) ولا يجب الحد بوطء جارية مشتركة بينه وبين غيره وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي وقال أبو ثور يجب . ولنا أنه فرج له فيه ملك فلا يجب بوطئه كالمكاتبة والمرهونة .

(فصل) وإن اشترى أمه أو أخته من الرضاعة ونحوها ووطئهما فذكر القاضي عن أصحابنا أن عليه الحد لأنه فرج لا يستباح بحال فوجب الحد بالوطء كفرج الغلام . وقال بعض أصحابنا لا حد فيه وهو قول أصحاب الرأي والشافعي لأنه وطء

فى فرج مملوك له يملك المعاوضة عنه وأخذ صداقه فلم يجب به الحد كوطء الجارية المشتركة . فأما إن اشترى ذات محرمه من النسب ممن يعتق عليه ووطئها فعليه الحد لانعلم فيه خلافا لأن الملك لايثبت فيها فلم توجد الشبهة .

(فصل) فإن زفت إليه غير زوجته وقيل هذه زوجتك فوطئها يعتقدها زوجته فلا حد عليه لا نعلم فيه خلافا وإن لم يقل له هذه زوجتك أو وجد على فراشه امرأة ظنها امرأته أوجاريته فوطئها أودعا زوجته أو جاريته فجاءته غيرها فظنها المدعوة فوطئها أو اشتبه عليه ذلك لعماه فلا حدعليه وبه قال الشافعى وحكى عن أبى حنيفه أن عليه الحد لأنه وطء فى محل لاملك له فيه .

ولنا : أنه وطء اعتقد إباحته بما يعذر مثله فيه فأشبه مالو قيل له هذه زوجتك ولأن الحدود تدرأ بالشبهات وهذه من أعظمها فأما إن دعا محرمة عليه فأجابه غيرها فوطئها يظنها المدعوة فعليه الحد سواء كانت المدعوة ممن له فيها شبهة كالجارية المشتركة أو لم يكن لأنه لايعذر بهذا فأشبه ما لو قتل رجلا يظنه ابنه أو عبده فبان أجنبيا .

(فصل) ولا حد على من لم يعلم تحريم الزنا . قال عمر وعثمان وعلى لا حد إلاعلى من علمه وبهذا قال عامة أهل العلم فإن ادعى الزانى الجهل بالتحريم وكان يحتمل أن يجهله كحديث العهد بالإسلام والناشىء ببادية قبل منه لأنه يجوز أن يكون صادقا وإن كان ممن لا يخفى عليه ذلك كالمسلم الناشىء بين المسلمين وأهل العلم لم يقبل لأن تحريم الزنا لا يخفى على من هو كذلك فقد علم كذبه وإن ادعى الجهل بفساد نكاح باطل قبل قوله لأن عمر قبل قول المدعى الجهل بتحريم النكاح فى العدة ولأن مثل هذا يجهل كثيراً ويخفى على غير أهل العلم .

(فصل) فإن وطىء جارية غيره فهو زان سواء كان بإذنه أو غير إذنه لأن هذا مما لا يستباح بالبذل والإباحة وعليه الحد إلا فى موضعين . أحدهما : الأب إذا وطىء جارية ولده فإنه لاحد عليه فى قول أكثر أهل العلم منهم مالك وأهل المدينة والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى ، وقال أبوثور وابن المنذر عليه الحد إلا أن يمنع منه إجماع لأنه وطء فى غير ملك أشبه وطء جارية أبيه .

ولنا : أنه وطء تمكنت الشبهة منه فلا يجب به الحد كوطء الجارية المشتركة

والدليل على تمكن الشبهة قول النبي صلى الله عليه وسلم «أنت ومالك لأبيك» فأضاف مال ولده إليه وجعله له فإذا لم تثبت حقيقة الملك فلا أقل من جعله شبهة دارئة للحد الذي يندرىء بالشبهات ولأن القائلين بانتفاء الحد فى عصر مالك والأوزاعى ومن وافقهما قد اشتهر قولهم ولم يعرف لهم مخالف فكان ذلك إجماعا ولا حد على الجارية لأن الحد انتفى عن الواطىء لشبهة الملك فينتفى عن الموطوءة كوطء الجارية المشتركة ولأن الملك من قبيل المتضايفات إذا ثبت فى أحد المتضايفين ثبت فى الآخر فكذلك شبهته ولا يصح القياس على وطء جارية الأب لأنه لا ملك للولد فيها ولا شبهة ملك بخلاف مسألتنا . وذكر ابن أبي موسى قولا فى وطء جارية الأب والأم أنه لا يحد لأنه لا يقطع بسرقة ماله أشبـــه الأب والأول أصح وعليه عامة أهل العلم فيما علمناه .

الموضع الثانى : إذا وطىء جارية امرأته بإذنها فإنه يجلد مائة ولا يرجم إن كان ثيباً ولا يغرب إن كان بكراً وإن لم تكن أحلتها له فهو زان حكمه حكم الزانى بجارية الأجنبي ، وحكى عن النخعى أنه يعزر ولا حد عليه لأنه يملك امرأته فكانت له شبهة فى مملوكتها . وعن عمر وعلى وعطاء وقتادة والشافعى ومالك أنه كوطء الأجنبية سواء أحلتها له أو لم تحلها لأنه لاشبهة له فيها فأشبه وطء جارية أخته ولأنه إباحة لوطء محرمة عليه فلم يكن شبهة كإباحة سائر الملاك .

وعن ابن مسعود والحسن إن كان استكرهها فعليه غرم مثلها وتعتق فإن كانت طاوعته فعليه غرم مثلها ويملكها لأن هذا يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم وقد رواه ابن عبد البر وقال هذا حديث صحيح .

ولنا ما روى أبو داود بإسناده عن حبيب بن سالم أن رجلا يقال له عبد الرحمن ابن حنين وقع على جارية امرأته فرفع إلى النعمان بن بشير وهو أمير على الكوفة فقال لأقضين فيك بقضية رسول الله صلى الله عليه وسلم إن كانت أحلتها لك جلدناك مائة وإن لم تكن أحلتها لك رجمناك بالحجارة فوجدوها أحلتها له فجلده مائة . وإن علقت من هذا الوطء فهل يلحقه النسب ؟ على روايتين .

إحداهما : يلحق به لأنه وطء لا يجب به الحد فلحق به النسب كوطء الجارية

المشتركة . والأخرى : لايلحق به لأنه وطء فى غير ملك ولاشبهـــة ملك أشبه الزنا المحض .

(فصل) ولا حد على مكرهة فى قول عامة أهل العلم . روى ذلك عن عمر والزهرى وقتادة والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفاً وذلك لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

وعن عبد الجبار بن وائل عن أبيه « أن امرأة استكرهت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فدرأ عنها الحد » رواه الأثرم قال وأتى عمر باماء من إماء الامارة استكرههن غلمان من غلمان الامارة فضرب الغلمان ولم يضرب الاماء .

وروى سعيد بإسناده عن طارق بن شهاب قال : أتى عمر بامرأة قد زنت فقالت إنى كنت نائمة فلم أستيقظ إلا برجل قد جثم على فخلى سبيلها ولم يضربها ولأن هذا شبهة والحدود تدرأ بالشبهات ولا فرق بين الاكراه بالالجاء وهو أن يغلبها على نفسها وبين الاكراه بالتهديد بالقتل ونحوه نص عليه أحمد فى راع جاءته امرأة قد عطشت فسألته أن يسقيها فقال لها أمكنينى من نفسك قال هذه مضطرة . وقد روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن امرأة استسقت راعياً فأبى أن يسقيها إلا أن تمكنه من نفسها ففعلت فرفع ذلك إلى عمر فقال لعلى ما ترى فيها ؟ قال إنها مضطرة فأعطاها عمر شيئاً وتركها .

(فصل) وإن أكره الرجل فزنى فقال أصحابنا عليه الحد . وبه قال محمد ابن الحسن وابو ثور لأن الوطء لايكون إلا بالانتشار ، والاكراه ينافيه فإذا وجد الانتشار انتفى الاكراه فيلزمه الحد كما لو أكره على غير الزنا فزنى وقال أبو حنيفة إن أكرهه السلطان فلا حد عليه وإن أكرهه غيره حد استحساناً ، وقال الشافعى وابن المنذر لاحد عليه لعموم الخبر ، ولأن الحدود تدرأ بالشبهات والاكراه شبهة فيمنع الحد كما لو كانت امرأة يحققه أن الإكراه إذا كان بالتخويف أو بمنع ما تفوت حياته بمنعه كان الرجل فيه كالمرأة فإذا لم يجب عليها الحد لم يجب عليه وقولهم إن التخويف ينافى الانتشار لايصح لأن التخويف بترك الفعل والفعل لايخاف منه فلا يمنع ذلك، وهذا أصح الأقوال إن شاءالله تعالى .

« مسألة » قال (ومن تلوط قتل بكراً كان أو ثيباً فى إحدى الروايتين والأخرى حكمه حكم الزانى) .

أجمع أهل العلم على تحريم اللواط، وقد ذمه الله تعالى فى كتابه وعاب من فعله وذمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الله تعالى (ولوطاً إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين . أئنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء بل أنتم قوم مسرفون) وقال النبى صلى الله عليه وسلم « لعن الله من عمل عمل قوم لوط لعن الله من عمل عمل قوم لوط . لعن الله من عمل عمل قوم لوط » واختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله فى حده فروى عنه أن حده الرجم بكراً كان أو ثيباً وهذا قول على وابن عباس وجابر بن زيد وعبد الله بن معمر والزهرى وأبى حبيب وربيعه ومالك وإسحاق وأحد قولى الشافعى وقتادة والأوزاعى وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو ثور وهو المشهور من قولى الشافعى لأن النبى الله صلى الله عليه وسلم قال « إذا أتى الرجل الرجل فهما زانيان » ولأنه إيلاج فرج آدمى فى فرج آدمى لا ملك له فيه ولا شبهة ملك فكان زنا كالإيلاج فى فرج المرأة إذا ثبت كونه زنا دخل فى عموم الآية والاخبار فيه ولأنه فاحشة فكان زنا كالفاحشة بين الرجل والمرأة ، وروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه أمر بتحريق اللوطى وهو قول ابن الزبير لما روى صفوان بن سليم عن خالد بن الوليد أنه وجد فى بعض ضواحى العرب رجلا ينكح كما تنكح المرأة فكتب إلى أبى بكر فاستشار أبو بكر رضى الله عنه الصحابة فيه فكان على أشدهم قولا فيه فقال ما فعل هذا إلا أمة من الأمم واحدة وقد علمتم ما فعل الله بها ، أرى أن يحرق بالنار فكتب أبو بكر إلى خالد بذلك فحرقه وقال الحكم وأبو حنيفة لا حد عليه لأنه ليس بمحل الوطء أشبه غير الفرج .

ووجه الرواية الأولى . قول النبى صلى الله عليه وسلم « من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به » رواه أبو داود وفى لفظ « فارجموا الأعلى والأسفل » ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم فإنهم أجمعوا على قتله وإنما اختلفوا فى صفته ، واحتج أحمد رضى الله عنه بقول على عليه السلام وأنه كان يرى رجمه ولأن الله تعالى عذب قوم لوط بالرجم فينبغى أن يعاقب من فعل فعلهم بمثل عقوبتهم

وقول من أسقط الحد عنه يخالف النص والإجماع ، وقياس الفرج على غيره لا يصح لما بينهما من الفرق، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يكون فى مملوك له أو أجنبى لأن الذكر ليس بمحل لوطء الذكر فلا يؤثر ملكه له ولو وطىء زوجته أو مملوكته فى دبرها كان محرما ولا حد فيه لأن المرأة محل للوطء فى الجملة وقد ذهب بعض العلماء إلى حله فكان ذلك شبهة مانعة من الحد بخلاف التلوط .

(فصل) وإن تدالكت امرأتان فهما زانيتان ملعونتان لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « إذا أتت المرأة المرأة فهما زانيتان » . ولا حد عليهما لأنه لا يتضمن إيلاجاً فأشبه المباشرة دون الفرج وعليهما التعزير لأنه زنا لا حد فيه فأشبه مباشرة الرجل المرأة من غير جماع ولو باشر الرجل المرأة فاستمتع بها فيما دون الفرج فلا حد عليه لما روى أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إنى لقيت امرأة فأصبت منها كل شىء إلا الجماع فأنزل الله تعالى : (أقم الصلاة) الآية . فقال الرجل ألى هذه الآية . فقال « لمن عمل بها من أمتى » رواه النسائى ولو وجد رجل مع امرأة يقبل كل واحد منهما صاحبه ولم يعلم هل وطئها أو لا فلا حد عليهما وإن قالا نحن زوجان واتفقا على ذلك فالقول قولهما . وبه قال الحكم وحماد والشافعى وأصحاب الرأى وإن شهد عليهما بالزنا فقالا نحن زوجان فعليهما الحد إن لم تكن بينة بالنكاح وبه قال أبو ثور وابن المنذر لأن الشهادة بالزنا تنفى كونهما زوجين فلا تبطل بمجرد قولهما ويحتمل أن يسقط الحد إذا لم يعلم كونها أجنبية منه لأن ما ادعياه محتمل فيكون ذلك شبهة كما لو شهد عليه بالسرقة فادعى أن المسروق ملكه .

« مسأله » قال (ومن أتى بهيمة أدب وأحسن أدبه وقتلت البهيمة) .

اختلفت الرواية عن أحمد فى الذى يأتى البهيمه فروى عنه أنه يعزر ولا حد عليه روى ذلك عن ابن عباس وعطاء والشعبى والنخعى والحكم ومالك والثورى وأصحاب الرأى وإسحاق وهو قول للشافعى ، والرواية الثانية . حكمه حكم اللائط سواء ، وقال الحسن حده حد الزانى ، وعن أبى سلمه بن عبد الرحمن يقتل هو والبهيمة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها معه » رواه أبو داود

ووجه الرواية الأولى أنه لم يصح فيه نص ولا يمكن قياسه على الوطء فى فرج الآدمى لأنه لا حرمة لها وليس بمقصود يحتاج فى الزجر عنه إلى الحد فإن النفوس تعافه وعامتها تنفر منه فبقى على الاصل فى انتفاء الحد ، والحديث يرويه عمرو ابن أبى عمرو ولم يثبته أحد ، وقال الطحاوى هو ضعيف ومذهب ابن عباس خلافه وهو الذى روى عنه قال أبو داود هذا يضعف الحديث عنه قال إسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن الرجل يأتى البهيمة فوقف عندها ولم يثبت حديث عمرو بن أبى عمرو فى ذلك ولأن الحد يدرأ بالشبهات فلا يجوز أن يثبت بحديث فيه هذه الشبهة والضعف . وقول الخرقى أدب وأحسن أدبه يعنى يعزر ويبالغ فى تعزيره لأنه وطء فى فرج محرم لاشبهة له فيه لم يوجب الحد فأوجب التعزير كوطء الميتة .

(فصل) ويجب قتل البهيمة وهذا قول أبى سلمة بن عبد الرحمن وأحد قولى الشافعى وسواء كانت مملوكة له أو لغيره مأكولة أو غير مأكولة قال أبو بكر الاختيار قتلها وإن تركت فلا بأس وقال الطحاوى إن كانت مأكولة ذبحت وإلا لم تقتل وهذا قول ثان للشافعى لأن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ذبح الحيوان لغير مأكلة .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » ولم يفرق بين كونها مأكولة أو غير مأكولة ولا بين ملكه وملك غيره فإن قيل الحديث ضعيف ولم يعملوا به فى قتل الفاعل الجانى ففى حق حيوان لا جناية منه أولى . قلنا : إنما يعمل به فى قتل الفاعل على إحدى الروايتين لوجهين . أحدهما : أنه حد والحدود تدرأ بالشبهات وهذا إتلاف مال فلا تؤثر الشبهة فيه . والثانى : أنه إتلاف آدمى وهو أعظم المخلوقات حرمة فلم يجز التهجم على إتلافه إلا بدليل فى غاية القوة ولا يلزم مثل هذا فى إتلاف مال ولا حيوان سواه . إذا ثبت هذا فإن الحيوان إن كان للفاعل ذهب هدراً وإن كان لغيره فعلى الفاعل غرامته لأنه سبب إتلافه فيضمنه كما لو نصب له شبكة فتلف بها ثم إن كانت مأكولة فهل يباح أكلها ؟ على وجهين . وللشافعى أيضاً فى ذلك وجهان .

أحدهما يحل أكلها لقول الله تعالى (أحلت لكم بهيمة الأنعام) ولأنه

حيوان من جنس يجوز أكله ، ذبحه من هو من أهل الذكاة فحل أكله كما لو لم يفعل به هذا الفعل ولكن يكره أكله لشبهة التحريم.

والوجه الثانى . لايحل أكلها لما روى عن ابن عباس أنه قيل له ماشأن البهيمة ؟ قال ما أراه قال ذلك إلا أنه كره أكلها وقد فعل بها ذلك الفعل ، ولأنه حيوان يجب قتله لحق الله تعالى فلم يجز أكله كسائر المقتولات ، واختلف فى علة قتلها فقيل إنما قتلت لئلا يعير فاعلها ويذكر برؤيتها .

وقد روى ابن بطة بإسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من وجدتموه على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة » قالوا يا رسول الله ما بال البهيمة ؟ قال « لا يقال هذه وهذه » وقيل : لئلا تلد خلقاً مشوهاً ، وقيل : لئلا تؤكل ، وإليه أشار ابن عباس فى تعليله ولا يجب قتلها حتى يثبت هذا العمل بها ببينة ، فأما إن أقر الفاعل فإن كانت البهيمة له ثبت بإقراره وإن كانت لغيره لم يجز قتلها بقوله لأنه إقرار على ملك غيره فلم يقبل كما لو أقر بها لغير مالكها . وهل يثبت هذا بشاهدين عدلين وإقرار مرتين أو يعتبر فيه ما يعتبر فى الزنا على وجهين نذكرهما فى موضعهما إن شاء الله تعالى .

« مسألة » قال (والذى يجب عليه الحد ممن ذكرت من أقر بالزنا أربع مرات) .

وجملته أن الحد لا يجب إلا بأحد شيئين إقرار أو بينة فإن ثبت بإقرار اعتبر إقرار أربع مرات وبهذا قال الحكم وابن أبى ليلى وأصحاب الرأى وقال الحسن وحماد ومالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر يحد بإقرار مرة لقول النبي صلى الله عليه وسلم « واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها » واعتراف مرة اعتراف وقد أوجب عليها الرجم به ورجم الجهنية وإنما اعترفت مرة وقال عمر إن الرجم حق واجب على من زنى وقد أحصن إذا قامت البينة أو كان الحبل أو الإعتراف ولأنه حق فيثبت باعتراف مرة كسائر الحقوق .

ولنا : ما روى أبو هريرة قال « أتى رجل من المسلمين رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فقال يا رسول الله إني زنيت فأعرض عنه فتنحي تلقاء وجهه

فقال يارسول الله إنى زنيت فأعرض عنه حتى ثنى ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: أبك جنون ؟، قال لا ، قال فهل أحصنت ؟ قال نعم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ارجموه ، متفق عليه ولو وجب الحد بمرة لم يعرض عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه لا يجوز ترك حد وجب لله تعالى . وروى نعيم بن هزال حديثه وفيه حتى قالها أربع مرات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنك قد قلتها أربع مرات فبمن ! قال بفلانة » رواه أبو داود وهذا تعليل منه يدل على أن إقرار الأربع هى الموجبة .

وروى أبو برزة الأسلمى أن أبا بكر الصديق قال له عند النبى صلى الله عليه وسلم إن أقررت أربعاً رجمك رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا يدل من وجهين .

أحدهما : أن النبى صلى الله عليه وسلم أقره على هذا ولم ينكره فكان بمنزلة قوله لأنه لا يقر على الخطأ .

الثانى : أنه قد علم هذا من حكم النبى صلى الله عليه وسلم ، لولا ذلك ما تجاسر على قوله بين يديه ، فأما أحاديثهم فإن الإعتراف لفظ المصدر يقع على القليل والكثير وحديثنا يفسره ويبين أن الإعتراف الذى يثبت به كان أربعاً .

(فصل) وسواء كان فى مجلس واحد أو مجالس متفرقة ، وقال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسأل عن الزانى يردد أربع مرات قال نعم على حديث ماعز هو أحوط قلت له فى مجلس واحد أو فى مجالس شتى ؟ قال أما الأحاديث فليست تدل إلا على مجلس واحد إلا ذاك الشيخ بشير بن مهاجر عن عبد الله بن بريدة عن أبيه ، وذاك عندى منكر الحديث ، وقال أبو حنيفة لايثبت إلا بأربع إقرارات فى أربعة مجالس لأن ماعزاً أقر فى أربعة مجالس .

ولنا : أن الحديث الصحيح إنما يدل على أنه أقر أربعاً فى مجلس واحد وقد ذكرنا الحديث ولأنه إحدى حجتى الزنا فاكتفى به فى مجلس واحد كالبينة .

(فصل) يعتبر فى صحة الإقرار أن يذكر حقيقة الفعل لتزول الشبهة لأن الزنا يعبر عما ليس بموجب للحد . وقد روى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لماعز « لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت » قال لا . « قال أفنكتها » لا يكني ؟ قال

نعم قال فعند ذلك أمر برجمه رواه البخارى . وفى رواية عن أبى هريرة قال «أفنكتها ؟ — قال نعم قال حتى غاب ذاك منك فى ذاك منها ؟ » قال نعم قال «كما يغيب المرود فى المكحلة والرشاء فى البئر » قال نعم . قال « فهل تدرى ما الزنا ؟ » قال نعم أتيت منها حراما ما يأتى الرجل من امرأته حلالا » وذكر الحديث رواه أبو داود .

(فصل) فان أقر أنه زنى بامرأة فكذبته فعليه الحد دونها وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لاحد عليه لأنا صدقناها فى إنكارها فصار محكوما بكذبه .

ولنا : ماروى أبو داود بإسناده عن سهل بن سعد الساعدى عن النبى صلى الله عليه وسلم أن رجلا أتاه فأقر عنده أنه زنى بامرأة فسماها له فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى المرأة فسألها عن ذلك فانكرت أن تكون زنت فجلده الحد وتركها ، ولأن انتفاء ثبوته فى حقها لا يبطل إقراره كما لو سكتت أو كما لو لم يسأل ولأن عموم الخبر يقتضى وجوب الحد عليه باعترافه وهو قول عمر إذا كان الحبل أو الإعتراف ، وقولهم إننا صدقناها فى إنكارها لا يصح فإننا لم نحكم بصدقها وانتفاء الحد إنما كان كان لعدم المقتضى وهو الإقرار أو البينة لا لوجود التصديق بدليل ما لو سكتت أو لم تكمل البينة . إذا ثبت هذا فإن الحر والعبد والبكر والثيب فى الأقرار سواء لأنه أحد حجتى الزنا فاستوى فيه الكل كالبينة .

« مسألة » قال (وهو بالغ صحيح عاقل)

أما البلوغ والعقل فلا خلاف فى اعتبارهما فى وجوب الحد وصحة الإقرار لأن الصبى والمجنون قد رفع القلم عنهما ولا حكم لكلامهما . وقد روى عن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم . وعن المجنون حتى يعقل » رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن وفى حديث ابن عباس فى قصة ماعز أن النبى صلى الله عليه وسلم سأل قومه « أمجنون هو » قالوا ليس به بأس . وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال له حين أقر عنده « أبك جنون ؟ » وقد روى أبو داود بإسناده قال : أتى عمر بمجنونة قد زنت فاستشار فيها أناساً فأمر بها عمر أن ترجم فمر بها على بن أبى طالب رضى

الله عنه فقال ماشأن هذه ؟ قالوا : مجنونة آل فلان زنت فأمر بها عمر أن ترجم فقال ارجموا بها ثم أتاه فقال ياأمير المؤمنين أما علمت أن القلم قد رفع عن ثلاثة ؟ عن المجنون حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ . وعن الصبي حتى يعقل ، قال بلى ! قال فما بال هذه ؟ قال لاشيء قال فأرسلها قال فأرسلها قال فجعل عمر يكبر .

(فصل) فان كان يجن مرة ويفيق أخرى فأقر فى إفاقته أنه زنى وهو مفيق أو قامت عليه بينة أنه زنى فى إفاقته فعليه الحد لانعلم فى هذا خلافاً ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لأن الزنا الموجب للحد وجد منه فى حال تكليفه والقلم غير مرفوع عنه وإقراره وجد فى حال اعتبار كلامه ، فإن أقر فى إفاقته ولم يضفه إلى حال أو شهدت عليه البينه بالزنا ولم تضفه إلى حال إفاقته لم يجب الحد لأنه يحتمل أنه وجد فى حال جنونه فلم يجب الحد مع الاحتمال ، وقد روى أبو داود فى حديث المجنونة التى أتى بها عمر أن علياً قال إن هذه معتوهة بنى فلان لعل الذى أتاها أتاها فى بلائها فقال عمر لا أدرى فقال على وأنا لا أدرى .

(فصل) والنائم مرفوع عنه القلم ، فلو زنى بنائمة أو استدخلت امرأة ذكر نائم أو وجد منه الزنا حال نومه فلا حد عليه ، لأن القلم مرفوع عنه ولو أقر فى حال نومه لم يلتفت إلى إقراره لأن كلامه ليس بمعتبر ولا يدل على صحة مدلوله . فأما السكران ونحوه فعليه حد الزنا والسرقة والشرب والقذف إن فعل ذلك فى سكره لأن الصحابة رضى الله عنهم أوجبوا عليه حد الفرية لكون السكر مظنة لها ولأنه تسبب إلى هذه المحرمات بسبب لايعذر فيه فأشبه من لاعذر له ويحتمل أن لايجب الحد لأنه غير عاقل فيكون ذلك شبهة فى درء ماينـدرىء بالشبهات ولأن طلاقه لايقع فى رواية فأشبه النائم والأول أولى لأن إسقاط الحد عنه يفضى إلى أن من أراد فعل هذه المحرمات شرب الخمر وفعل ماأحب فلا يلزمه شىء ولأن السكر مظنة لفعل المحارم وسبب إليه فقد تسبب إلى فعلها حال صحوه فأما إن أقر بالزنا وهو سكران لم يعتبر إقراره لأنه لايدرى ما يقول ؟ ولايدل قوله على صحة خبره فأشبه قول النائم والمجنون وقد روى بريدة أن النبى صلى الله عليه وسلم استنكه ماعزاً رواه أبو داود وإنما فعل ذلك ليعلم هل هو سكران أولا ؟ ولو كان السكران مقبول الإقرار لما احتيج إلى تعرف براءته منه .

(فصل) فأما قوله وهو صحيح ففسره القاضي بالصحيح من المرض يعني أن الحد لا يجب عليه في مرضه وإن وجب فإنه إنما يقام عليه الحد بما يؤمن به تلفه ، فإن خيف ضرر عليه ضرب عليه ضربة واحدة بضغث فيه مائة شمراخ أو عود صغير ، ويحتمل أنه أراد الصحيح الذي يتصور منه الوطء فلو أقر بالزنا من لا يتصور منه كالمجنون فلا عليه لأننا نتيقن أنه لا يتصور منه الزنا الموجب للحد ولو قامت به بينة فهي كاذبة وعليها الحد نص عليه أحمد ، وإن أقر الخصي أو العنين فعليه الحد وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي لأنه يتصور منه ذلك فقبل إقراره به كالشيخ الكبير .

(فصل) وأما الأخرس فإن لم تفهم إشارته فلا يتصور منه إقرار ، وإن فهمت إشارته فقال القاضي عليه الحد وهو قول الشافعي وابن القاسم صاحب مالك وأبي ثور وابن المنذر ، لأن من صح إقراره بغير الزنا صح إقراره به كالناطق وقال أصحاب أبي حنيفة لا يحد بإقرار ولا بينة لأن الإشارة تحتمل ما فهم منها وغيره فيكون ذلك شبهة في درء الحد لكونه مما يندرىء بالشبهات ولا يجب بالبينة لاحتمال أن يكون له شبهة ولا يمكنه التعبير عنها لا يعرف كونها شبهة ويحتمل كلام الخرقي أن لا يجب الحد بإقراره لأنه غير صحيح ولأن الحد لا يجب مع الشبهة والإشارة لا تنتفي معها الشبهات فأما البينة فيجب عليه بها الحد لأن قوله معها غير معتبر .

(فصل) ولا يصح الإقرار من المكره فلو ضرب الرجل ليقر بالزنا لم يجب عليه الحد ولم يثبت عليه الزنا ، ولا نعلم من أهل العلم خلافاً في أن إقرار المكره لا يجب به حد وروى عن عمر رضي الله عنه أنه قال , ليس الرجل بأمين على نفسه إذا جوعته أو ضربته أو أوثقته ، رواه سعيد ، وقال ابن شهاب في رجل اعترف بعد جلده ليس عليه حد ولأن الإقرار إنما ثبت به المقر به لوجود الداعي إلى الصدق وانتفاء التهمة عنه . فإن العاقل لا يتهم بقصد الإضرار بنفسه ومع الإكراه يغلب على الظن أنه قصد بإقراره دفع ضرر الإكراه فانتفى ظن الصدق عنه فلم يقبل .

(فصل) فإن أقر أنه وطىء امرأة وادعى أنها امرأته وأنكرت المرأة أن يكون زوجها نظرنا فإن لم تقر المرأة بوطئه إياها فلا حد عليه لأنه لم يقر بالزنا

ولا مهر لها لأنها لا تدعيه ، وإن اعترفت بوطئه إياها وأقرت بأنه زنى بها مطاوعة فلا مهر عليه أيضاً ولا حد على واحد منهما إلا أن يقر أربع مرات لأن الحد لا يجب بدون أربع مرات . وإن ادعت أنه أكرهها عليه أو اشتبه عليها فعليه المهر ، لأنه أقر بسببه ، فقد روى مهنا عن أحمد « أنه سأله عن رجل وطىء امرأة وزعم أنها زوجته وأنكرت هي أن يكون زوجها وأقرت بالوطء قال فهذه قد أقرت على نفسها بالزنا ، ولكن يدرأ عنه الحد بقوله إنها امرأته ولا مهر عليه ويدرأ عنها الحد حتى تعترف مراراً ، قال أحمد : وأهل المدينه يرون عليها الحد يذهبون لقول النبي صلى الله عليه وسلم « واغد يا أنيس إلى امرأة هـذا فإن اعترفت فارجمها » وقد تقدم الجواب عن قولهم .

« مسألة » قال (ولا ينزع عن إقراره حتى يتم عليه الحد)

وجملته : أن من شرط إقامة الحد بالإقرار البقاء عليه إلى تمام الحد فإن رجع عن إقراره أو هرب كف عنه ، وبهذا قال عطاء ويحيى بن معمر والزهري وحماد ومالك والثوري والشافعي وإسحق وأبو حنيفة وأبو يوسف ، وقال الحسن وسعيد ابن جبير وابن أبي ليلى : يقام عليه الحد ولا يترك ، لأن ماعزاً هرب فقتلوه . ولم يتركوه . وروى أنه قال « ردوني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قومي هم غروني من نفسي وأخبروني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غير قاتلي فلم ينزعوا عنه حتى قتلوه » أخرجه أبو داود ، ولو قبل رجوعه للزمتهم ديته ، ولأنه حق وجب بإقراره فلم يقبل رجوعه كسائر الحقوق . وحكى عن الأوزاعي : أنه إن رجع حد للفرية على نفسه وإن رجع عن السرقة والشرب ضرب دون الحد .

ولنا : أن ماعزاً هرب فذكر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال « هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ؟ » قال ابن عبد البر : ثبت من حديث أبي هريرة وجابر ونعيم بن هزال ونصر بن داهر وغيرهم « أن ماعزاً لما هرب فقال لهم : ردوني إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ؟ » ففي هذا أوضح الدلائل على أنه يقبل رجوعه وعن بريدة قال « كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نتحدث أن الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما أو قال لو لم يرجعا بعد

اعترافهما لم يطلبهما وإنمـا رجمهما عند الرابعة ، رواه أبو داود ولأن رجوعه شبهة . والحدود تدرأ بالشبهات ، ولأن الإقرار إحدى بينتى الحد فيسقط بالرجوع عنه كالبينة إذا رجعت قبل إقامة الحد وفارق سائر الحقوق فإنها لا تدرأ بالشبهات وإنما لم يجب ضمان ماعز على الذين قتلوه بعد هربه ، لأنه ليس بصريح فى الرجوع . إذا ثبت هذا فإنه إذا هرب لم يتبع لقول النبي صلى الله عليه وسلم « هلا تركتموه ؟ » وإن لم يترك وقتل لم يضمن لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يضمن ماعزاً من قتله ولأن هربه ليس بصريح فى رجوعه . وإن قال : ردونى إلى الحاكم وجب رده ولم يجز إتمـام الحد ، فإن أتم فلا ضمان على من أتمه لمـا ذكرنا فى هربه ، وإن رجع عن إقراره وقال : كذبت فى إقرارى أو رجعت عنه أو لم أفعل ما أقررت به وجب تركه فإن قتله قاتل بعد ذلك وجب ضمانه لأنه قد زال إقراره بالرجوع عنه فصار كمن لم يقر ولا قصاص على قاتله لأن أهل العـــلم اختلفوا فى صحة رجوعه فكان اختلافهم شبهة دارئة للقصاص ، ولأن صحة الإقرار مما يخفى فيكون ذلك عذراً مانعاً من وجوب القصاص .

« مسألة » قال (أو يشهد عليه أربعة رجال من المسلمين أحرار عدول يصفون الزنا) .

ذكر الخرقى فى شهود الزنا سبعة شروط :

أحدها : أن يكونوا أربعة وهذا إجماع لا خلاف فيه بين أهل العلم لقول الله تعالى (واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) وقال تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمـانين جلدة) وقال تعالى (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) وقال سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم « أرأيت لو وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم : نعم » رواه مالك فى الموطأ وأبو داود فى سننه .

الشرط الثانى : أن يكونوا رجالا كلهم ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال ولا نعلم فيه خلافاً إلا شيئاً يروى عن عطاء وحماد أنه يقبل فيه ثلاثة رجال وامرأتان وهو شذوذ لا يعول عليه لأن لفظ الاربعة اسم لعدد المذكورين ويقتضى أن يكتفى

فيه بأربعة . ولا خلاف فى أن الأربعة إذا كان بعضهم نساء لا يكتفى بهم وأن أقل ما يجزىء خمسة وهذا خلاف النص ، ولأن فى شهادتهن شبهة لتطرق الضلال إليهن قال الله تعالى : (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى) والحدود تدرأ بالشبهات .

الشرط الثالث : الحرية فلا تقبل فيه شهادة العبيد ولا نعلم فى هذا خلافاً إلا رواية حكيت عن أحمد أن شهادتهم تقبل وهو قول أبى ثور لعموم النصوص فيه ولأنه عدل ذكر مسلم فتقبل شهادته كالحر .

ولنا : أنه مختلف فى شهادته فى سائر الحقوق فيكون ذلك شبهة تمنع من قبول شهادته فى الحد لانه يندرىء بالشبهات .

الشرط الرابع : العدالة ولا خلاف فى اشتراطها فإن العدالة تشترط فى سائر الشهادات فههنا مع مزيد الاحتياط أولى فلا تقبل شهادة الفاسق ولا مستور الحال الذى لا تعلم عدالته لجواز أن يكون فاسقاً .

الشرط الخامس : أن يكونوا مسلمين ، فلا تقبل شهادة أهل الذمة فيه سواء كانت الشهادة على مسلم أو ذمى لأن أهل الذمة كفار لا تتحقق العدالة فيهم ولا تقبل روايتهم ولا أخبارهم الدينية فلا تقبل شهادتهم كعبدة الأوثان .

الشرط السادس : أن يصفوا الزنا فيقولوا : رأينا ذكره فى فرجها كالمرود فى المكحلة والرشاء فى البئر . وهذا قول معاوية بن أبى سفيان والزهرى والشافعى وأبى ثور وابن المنذر وأصحاب الرأى لما روى فى قصة ماعز « أنه لما أقر عند النبى صلى الله عليه وسلم بالزنا فقال : أنكتها ؟ فقال : نعم ؛ فقال : حتى غاب ذلك منك فى ذلك منها كما يغيب المرود فى المكحلة والرشاء فى البئر ؟ قال : نعم » وإذا اعتبر التصريح فى الإقرار كان اعتباره فى الشهادة أولى .

وروى أبو داود بإسناده عن جابر قال « جاءت اليهود برجل منهم وامرأة زنيا فقال النبى صلى الله عليه وسلم « ائتونى بأعلم رجلين منكم فأتوه بابنى صوريا فنشدهما كيف تجدان أمر هذين فى التوراة ؟ قالا . نجد فى التوراة إذا شهد أربعة أنهم رأوا

ذكره فى فرجها مثل الميل فى المكحلة رجما . قال : فما يمنعكم أن ترجموهما ؛ قالا : ذهب سلطاننا وكرهنا القتل فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشهود فجاء أربعة فشهدوا أنهم رأوا ذكره فى فرجها مثل الميل فى المكحلة فأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجمهما ، ولأنهم إذا لم يصفوا الزنا احتمل أن يكون المشهود به لا يوجب الحد فاعتبر كشفه . قال بعض أهل العلم يجوز للشهود أن ينظروا إلى ذلك منهما لإقامة الشهادة عليهما ليحصل الردع بالحد ، فإن شهدوا أنهم رأوا ذكره قد غيبه فى فرجها كفى والتشبيه تأكيد : وأما تعيينهم المزنى بها أو الزانى إن كانت الشهادة على امرأة ومكان الزنا فذكر القاضى : أنه يشترط لئلا تكون المرأة ممن اختلف فى إباحتها ، ويعتبر ذكر المكان لئلا تكون شهادة أحدهم على غير الفعل الذى شهد به الآخر . ولهذا سأل النبي صلى الله عليه وسلم ماعزاً فقال « إنك أقررت أربعاً فبمن ؟ »

وقال ابن حامد لا يحتاج إلى ذكر هذين لأنه لا يعتبر ذكرهما فى الإقرار . ولم يأت ذكرهما فى الحديث الصحيح وليس فى حديث الشهادة فى رجم اليهوديين ذكر المكان ولأن مالا يشترط فيه ذكر الزمان لا يشترط فيه ذكر المكان كالنكاح ويبطل ما ذكره بالزمان .

الشرط السابع : مجيء الشهود كلهم فى مجلس واحد ذكره الخرقى فقال : وإن جاء أربعة متفرقين والحاكم جالس فى مجلس حكمه لم يقم قبل شهادتهم . وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد وبهذا قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعى والبتى وابن المنذر لا يشترط ذلك لقول الله تعالى (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء) ولم يذكر المجلس وقال تعالى (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فإن شهدوا فامسكوهن فى البيوت) ولأن كل شهادة مقبولة إن اتفقت تقبل إذا افترقت فى مجالس كسائر الشهادات .

ولنا : أن أبا بكرة ونافعاً وشبل بن معبد شهدوا عند عمر على المغيرة بن شعبة بالزنا ولم يشهد زياد فحد الثلاثة ولو كان المجلس غير مشترط لم يجز أن يحدهم لجواز أن يكملوا برابع فى مجلس آخر . ولأنه لو شهد ثلاثة فحدهم ثم جاء رابع فشهد لم تقبل شهادته . ولولا اشتراط المجلس لكملت شهادتهم وبهذا فارق سائر الشهادات .

وأما الآية فإنها لم تتعرض للشروط . ولهذا لم تذكر العدالة وصفة الزنا ولأن قوله (ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم) لا يخلو من أن يكون مطلقاً فى الزمان كله أو مقيداً ، لا يجوز أن يكون مطلقاً لأنه يمنع من جواز جلدهم لأنه ما من زمن إلا يجوز أن يأتى فيه بأربعة شهداء أو بكمالهم إن كان قد شهد بعضهم. فيمتنع جلدهم المأمور به فيكون تناقضاً . وإذا ثبت انه مقيد فأولى ما قيد بالمجلس لان المجلس كله بمنزلة الحال الواحدة ولهذا ثبت فيه خيار المجلس واكتفى فيه بالقبض فيما يعتبر القبض فيه ، إذا ثبت هذا فإنه لا يشترط اجتماعهم حال مجيئهم ولو جاءوا متفرقين واحداً بعد واحد فى مجلس واحد قبل شهادتهم ، وقال مالك وأبو حنيفة إن جاءوا متفرقين فهم قذفة لأنهم لم يجتمعوا فى مجيئهم فلم تقبل شهادتهم كالذين لم يشهدوا فى مجلس واحد

ولنا . قصة المغيرة فإن الشهود جاءوا واحدا بعد واحد وسمعت شهادتهم وإنما حدوا لعدم كمالها وفى حديثه أن أبا بكرة قال : أرأيت إن جاء آخر يشهد أكنت ترجمه ؟ قال عمر أى والذى نفسى بيده . ولأنهم اجتمعوا فى مجلس واحد أشبه ما لو جاءوا وكانوا مجتمعين ولأن المجلس كله بمنزلة ابتدائه لما ذكرناه . وإذا تفرقوا فى مجالس فعليهم الحد لأن من شهد بالزنا ولم يكمل الشهادة يلزمه الحد لقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدهم ثمانين جلدة)

(فصل) وإذا لم تكمل شهود الزنا فعليهم الحد فى قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وذكر أبو الخطاب فيهم روايتين ، وحكى عن الشافعى فيهم قولان

احدهما : لا حد عليهم لأنهم شهود فلم يجب عليهم الحد كما لو كانوا أربعة أحدهم فاسق

ولنا : قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) وهذا يوجب الجلد على كل رام لم يشهد بماقال أربعة ، ولأنه إجماع الصحابة . فإن عمر جلد أبا بكرة وأصحابه حين لم يكمل الرابع شهادته بمحضر من الصحابة فلم ينكره أحد

وروى صالح فى مسائله بإسناده عن أبى عثمان النهدى قال : جاء رجل إلى عمر فشهد

على المغيرة بن شعبة فتغير لون عمر ثم جاء آخر فشهد فتغير لون عمر ثم جاء آخر فشهد فاستكبر ذلك عمر ثم جاء شاب يخطر بيديه فقال عمر ما عندك ياسلح العقاب ؟ وصاح به عمر صيحة فقال أبو عثمان : والله لقد كدت يغشى على فقال يا أمير المؤمنين رأيت أمراً قبيحاً فقال : الحمد لله الذى لم يشمت الشيطان بأصحاب محمد صلى الله عليه وسلم قال فأمر بأولئك النفر فجلدوا

وفى رواية أن عمر لما شهد عنده على المغيرة شهد ثلاثة وبقى زياد فقال عمر أرى شاباً حسناً وأرجو أن لا يفضح الله على لسانه رجلا من أصحاب محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا أمير رأيت أستاً تنبو ونفساً يعلو ورأيت رجليها فوق عنقه كأنهما أذنا حمار ولا أدرى ما وراء ذلك ؟ فقال عمر الله أكبر وأمر بالثلاثة فضربوا وقول عمر يا سلح العقاب معناه أنه يشبه سلح العقاب الذى يحرق كل شيء أصابه . كذلك هذا توقع العقوبة بأحد الفريقين لا محالة إن كملت شهادته حد المشهود عليه وإن لم تكمل حد أصحابه . فإن قيل فقد خالفهم أبو بكرة وأصحابه الذين شهدوا ، قلنا لم يخالفوا فى وجوب الحد عليهم إنما خالفوهم فى صحة ما شهدوا به ولأنه رام بالزنا لم يأت بأربعة شهداء فيجب عليه الحد كما لو لم يأت بأحد .

(فصل) وإن كملوا أربعة غير مرضيين أو واحد منهم . كالعبيد والفساق والعميان ففيهم ثلاث روايات . إحداهن : عليهم الحد وهو قول مالك قال القاضى هذا الصحيح لأنها شهادة لم تكمل فوجب الحد على الشهود كما لو كانوا ثلاثة .

والثانية : لا حد عليهم وهو قول الحسن والشعبى وأبى حنيفة ومحمد : لأن هؤلاء قد جاءوا بأربعة شهداء فدخلوا فى عموم الآية . لأن عددهم قد كمل ورد الشهادة لمعنى غير تفريطهم فأشبه ما لو شهد أربعة مستورون . ولم تثبت عدالتهم ولا فسقهم .

الثالثة : إن كانوا عمياناً أو بعضهم جلدوا وإن كانوا عبيداً أو فسقا فلا حد عليهم ، وهو قول الثورى وإسحاق لأن العميان معلوم كذبهم لأنهم شهدوا بما لم يروه يقيناً والآخرون يجوز صدقهم ، وقد كمل عددهم فأشبهوا مستورى الحال ، وقال أصحاب الشافعى : إن كان رد الشهادة لمعنى ظاهر كالعمى والرق والفسق الظاهر ففيهم قولان ، وإن كان لمعنى خفى فلا حد عليهم لأن ما يخفى يخفى على

الشهود فلا يكون ذلك تفريطاً منهم بخلاف ما يظهر ، وإن شهد ثلاثة رجال وامرأتان حد الجميع . لأن شهادة النساء فى هذا الباب كعدمها ، وبهذا قال الثورى وأصحاب الرأى ، وهذا يقوى رواية إيجاب الحد على الأولين وينبه على إيجاب الحد فيما إذا كانوا عمياناً أو أحدهم لأن المرأتين يحتمل صدقهما وهما من أهل الشهادة فى الجملة . والأعمى كاذب يقيناً وليس من أهل الشهادة على الأفعال فوجوب الحد عليهم وعلى من معهم أولى .

(فصل) وإن رجعوا عن الشهادة أو واحد منهم فعلى جميعهم الحد فى أصح الروايتين . وهو قول أبى حنيفة ، والثانية : يحد الثلاثة دون الراجع وهذا اختيار أبى بكر وابن حامد ، لأنه إذا رجع قبل الحد فهو كالتائب قبل تنفيذ الحكم بقوله فيسقط عنه الحد ، ولأن فى درء الحد عنه تمكينا له من الرجوع الذى يحصل به مصلحة المشهود عليه وفى إيجاب الحد عليه زجر له عن الرجوع خوفا من الحد فتفوت تلك المصلحة وتتحقق المفسدة فناسب ذلك نفى الحد عنه ، وقال الشافعى يحد الراجع دون الثلاثة لأنه مقر على نفسه بالكذب فى قذفه ، وأما الثلاثة فقد وجب الحد بشهادتهم وإنما سقط بعد وجوبه برجوع الراجع ومن وجب الحد بشهادته لم يكن قاذفا فلم يحد كما لو لم يرجع .

ولنا : أنه نقص العدد بالرجوع قبل إقامة الحد فلزمهم الحد كما لو شهد ثلاثة وامتنع الرابع من الشهادة ، وقولهم وجب الحد بشهادتهم يبطل بما إذا رجعوا كلهم وبالراجع وحده فإن الحد وجب ثم سقط ووجب الحد عليهم بسقوطه ولأن الحد إذا وجب على الراجع مع المصلحة فى رجوعه وإسقاط الحد عن المشهود عليه بعد وجوبه وإحيائه المشهود عليه بعد إشرافه على التلف ، فعلى غيره أولى

(فصل) وإذا شهد اثنان أنه زنى بها فى هذا البيت واثنان أنه زنى بها فى بيت آخر أو شهد كل اثنين عليه بالزنا فى بلد غير البلد الذى شهد به صاحباهما أو اختلفوا فى اليوم فالجميع قذفة وعليهم الحد ، وبهذا قال مالك والشافعى واختار أبو بكر أنه لاحد عليهم . وبه قال النخعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، لأنهم كملوا أربعة .

ولنا : أنه لم يكمل أربعة على زنا واحد فوجب عليهم الحد كما لو انفرد بالشهادة اثنان وحدهما فأما المشهود عليه فلا حد عليه فى قولهم جميعاً . وقال أبو بكر : عليه الحد وحكاه قولا لأحمد . وهذا بعيد فإنه لم يثبت زنا واحد بشهادة أربعة فلم يجب الحد ولأن جميع ما يعتبر له البينة يعتبر كمالها فى حق واحد فالموجب للحد أولى لأنه مما يحتاط له ويندرىء بالشبهات ، وقد قال أبو بكر : أنه لو شهد اثنان أنه زنى بامرأة بيضاء وشهد اثنان أنه زنى بسوداء فهم قذفة ذكره القاضى عنه وهذا ينقض قوله .

(فصل) وإن شهد اثنان أنه زنى بها فى زاوية بيت وشهد اثنان أنه زنى بها فى زاوية منه أخرى . وكانت الزاويتان متباعدتين فالقول فيهما كالقول فى البيتين وإن كانتا متقاربتين كملت شهادتهم وحد المشهود عليه ، وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعى لا حد عليه لأن شهادتهم لم تكمل ولأنهم اختلفوا فى المكان فأشبه ما لو اختلفا فى البيتين وعلى قول أبى بكر تكمل الشهادة سواء تقاربت الزاويتان أو تباعدتا .

ولنا : أنهما إذا تقاربتا أمكن صدق الشهود بأن يكون ابتداء الفعل فى إحداهما وتمامه فى الأخرى أو ينسبه كل اثنين إلى إحدى الزاويتين لقربه منها فيجب قبول شهادتهم كما لو اتفقوا بخلاف ما إذا كانتا متباعدتين فإنه لا يمكن كون المشهود به فعلا واحداً ، فإن قيل فقد يمكن أن يكون المشهود به فعلين فلم أوجدتم الحد مع الاحتمال والحد يدرأ بالشبهات ؟ قلنا ليس هذا بشبهة بدليل ما لو اتفقوا على موضع واحد فإن هذا يحتمل فيه والحد واجب ، والقول فى الزمان كالقول فى هذا وأنه متى كان بينهما زمن متباعد لا يمكن وجود الفعل الواحد فى جميعه كطرفى النهار لم تكمل شهادتهم ومتى تقاربا كملت شهادتهم والله أعلم .

(فصل) وإن شهد اثنان أنه زنى بها فى قميص أبيض وشهد اثنان أنه زنى بها فى قميص أحمر أو شهد اثنان أنه زنى بها فى ثوب كتان وشهد اثنان أنه زنى بها فى ثوب خز كملت شهادتهم وقال الشافعى لا تكمل لتنافى الشهادتين .

ولنا : أنه لا تنافى بينهما فإنه يمكن أن يكون عليه قميصان فذكر كل اثنين واحداً

وتركا ذكر الآخر ويمكن أن يكون عليه قميص أبيض وعليها قميص أحمر وإذا أمكن التصديق لم يجز التكذيب .

(فصل) وإن شهد إثنان أنه زنى بها مكرهة وشهد إثنان أنه زنى بها مطاوعة فلا حد عليها إجماعا فإن الشهادة لم تكمل على فعل موجب للحد ، وفى الرجل وجهان .

أحدهما : لا حد عليه وهو قول أبى بكر والقاضى وأكثر الاصحاب وقول أبى حنيفة وأحد الوجهين لاصحاب الشافعى لأن البينة لم تكمل على فعل واحد فإن فعل المطاوعة غير فعل المكرهة ولم يتم العدد على كل واحد من الفعلين ولأن كل شاهدين منهما يكذبان الآخرين وذلك يمنع قبول الشهادة أو يكون شبهة فى درء الحد ولا يخرج عن أن يكون قول واحد منهما مكذبا للآخر إلا بتقدير فعلين تكون مطاوعة فى أحدهما مكرهة فى الآخر وهذا يمنع كون الشهادة كاملة على فعل واحد ولأن شاهدى المطاوعة قاذفان لها ولم تكمل البينة عليها فلا تقبل شهادتهما على غيرها .

والوجه الثانى : يجب الحد عليه إختاره أبو الخطاب وهو قول أبى يوسف ومحمد ، ووجه ثان للشافعى لأن الشهادة كملت على وجود الزنا منه واختلافهما إنما هو فى فعلها لا فى فعله فلا يمنع كمال الشهادة عليه وفى الشهود ثلاثة أوجه أحدها : لا حد عليهم وهو قول من أوجب الحد على الرجل بشهادتهم والثانى : عليهم الحد لأنهم شهدوا بالزنا ولم تكمل شهادتهم فلزمهم الحد كما لو لم يكمل عددهم والثالث : يجب الحد على شاهدى المطاوعة لأنهما قذفا المرأه بالزنا ولم تكمل شهادتهم عليها ولا يجب على شاهدى الإكراه لأنهما لم يقذفا المرأة وقد كملت شهادتهم على الرجل وإنما انتفى عنه الحد للشبهة .

(فصل) وإذا تمت الشهادة بالزنا فصدقهم المشهود عليه بالزنا لم يسقط الحد وقال أبو حنيفة يسقط لأن شرط صحة البينة الإنكار وما كمل الإقرار .

ولنا : قول الله تعالى (فإن شهدوا فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا) وبين النبى صلى الله عليه وسلم السبيل بالحد فتجب إقامته ولأن البينة تمت عليه فوجب الحد كما لو لم يعترف ولأن البينة إحدى حجتى الزنا

فلم يبطل بوجود الحجة الأخرى أو بعضها كالإقرار ، يحققه أن وجود الإقرار يؤكد البينة ويوافقها ولا ينافيها فلا يقدح فيها كتزكية الشهود والثناء عليهم ، ولا نسلم اشتراط الإنكار وإنما يكتفى بالإقرار فى غير الحد إذا وجد بكماله وهنا لم يكمل فلم يجز الاكتفاء به ووجب سماع البينة والعمل بها ، وعلى هذا لو أقر مرة أو دون الأربع لم يمنع ذلك سماع البينة عليه ولو تمت البينة عليه وأقر على نفسه إقراراً تاما ثم رجع عن إقراره لم يسقط عنه الحد برجوعه وقوله يقتضى خلاف ذلك .

(فصل) وإن شهد شاهدان واعترف هو مرتين لم تكمل البينة ولم يجب الحد ، لا نعلم فى هذا خلافا بين من اعتبر إقرار أربع مرات وهو قول أصحاب الرأى لأن إحدى الحجتين لم تكمل ولا تلفق إحداهما بالأخرى كاقرار بعض مرة .

(فصل) وإن كملت البينه ثم مات الشهود أو غابوا جاز الحكم بها وإقامة الحد وبه قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا يجوز الحكم لجواز أن يكونوا رجعوا وهذه شبهة تدرأ الحد .

ولنا : أن كل شهادة جاز الحكم بها مع حضور الشهود جاز مع غيبتهم كسائر الشهادات ، واحتمال رجوعهم ليس بشبهة كما لو حكم بشهادتهم .

(فصل) وإن شهدوا بزنا قديم أو أقر به وجب الحد وبهذا قال مالك والأوزاعى والثورى وإسحاق وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة لا أقبل بينة على زنا قديم وأحده بالإقرار به وهذا قول ابن حامد وذكره ابن أبى موسى مذهباً لأحمد لما روى عن عمر أنه قال : أيما شهود شهدوا بحد لم يشهدوا بحضرته فإنما هم شهود ضغن ولأن تأخيره للشهاده إلى هذا الوقت يدل على التهمة فيدرأ ذلك الحد .

ولنا : عموم الآية وأنه حق يثبت على الفور فيثبت بالبينة بعد تطاول الزمان كسائر الحقوق ، والحديث رواه الحسن مرسلا ومراسيل الحسن ليست بالقوية والتأخير يجوز أن يكون لعذر أو غيبة والحد لا يسقط بمطلق الإحتمال فإنه لو سقط بكل احتمال لم يجب حد أصلا .

(فصل) وتجوز الشهادة بالحد من غير مدع لا نعلم فيه اختلافا ونص عليه أحمد واحتج بقضية أبى بكرة حين شهد هو وأصحابه على المغيرة من غير تقدم

دعوى وشهد الجارود وصاحبه على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ولم يتقدمه دعوى ، ولأن الحد حق لله تعالى فلم تفتقر الشهادة به الى تقدم دعوى كالعبادات يبينه أن الدعوى فى سائر الحقوق إنما تكون من المستحق وهذا لا حق فيه لأحد من الآدميين فيدعيه ، فلو وقفت الشهادة على الدعوى لامتنعت إقامتها .

إذا ثبت هذا فإن من عنده شهادة على حد فالمستحب أن لا يقيمها لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من ستر عورة مسلم فى الدنيا ستره الله فى الدنيا والآخرة » وتجوز إقامتها لقول الله تعالى (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) ولأن الذين شهدوا بالحد فى عصر النبي (ص) وأصحابه لم تنكر عليهم شهادتهم به .

ويستحب للامام وغيره التعريض بالوقوف عن الشهادة بدليل قول عمر لزياد إنى لأرى رجلا أرجو أن لا يفضح الله على يديه رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن تركها أفضل فلم يكن بأس بدلالته على الفضل . وقد روى أن رجلا سأل عقبة بن عامر فقال إن لى جيرانا يشربون الخمر أفأرفعهم الى السلطان فقال عقبة بن عامر إنى سمعت رسول الله (ص) يقول « من ستر عورة مسلم ستره الله فى الدنيا والاخرة » .

(فصل) وان شهد أربعة على إمرأة بالزنا فشهد ثقات من النساء أنها عذراء فلا حد عليها ولا على الشهود ، وبهذا قال الشعبي والثورى والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال مالك عليها الحد لأن شهادة النساء لا مدخل لها فى الحدود فلا تسقط بشهادتهن .

ولنا أن البكارة تثبت بشهادة النساء ووجودها يمنع من الزنا ظاهراً لأن الزنا لا يحصل بدون الإيلاج فى الفرج ولا يتصور ذلك مع بقاء البكارة لأن البكر هى التى لم توطأ فى قبلها وإذا انتفى الزنا لم يجب الحد كما لو قامت البينة بأن المشهود عليه بالزنا مجبوب ، وإنما لم يجب الحد على الشهود لكمال عدتهم مع احتمال صدقهم فإنه يحتمل أن يكون وطئها ثم عادت عذرتها فيكون ذلك شبهة فى درء الحد عنهم غير موجب له عليها فإن الحد لا يجب بالشبهات ، ويجب أن يكتفى بشهادة امرأة واحدة لأن شهادتها مقبولة فيما لا يطلع عليه الرجال .

فأما ان شهدت بأنها رتقاء أو ثبت أن الرجل المشهود عليه مجبوب فينبغى أن يجب الحد على الشهود لأنه يتيقن كذبهم فى شهادتهم بأمر لا يعلمه كثير من الناس فوجب عليهم الحد .

(فصل) إذا شهد أربعة على رجل أنه زنى بامرأة وشهد أربعة آخرون على الشهود أنهم هم الزناة بها لم يجب الحد على أحد منهم ، وهذا قول أبى حنيفة لأن الأولين قد جرحهم الاخرون بشهادتهم عليهم والاخرون تتطرق اليهم التهمة . واختار أبو الخطاب وجوب الحد على الشهود الأولين لأن شهادة الاخرين صحيحة فيجب الحكم بها ، وهذا قول أبى يوسف .

وذكر أبو الخطاب فى صدر المسألة كلاما معناه لا يحد أحد منهم حد الزنا ، وهل يحد الاولون حد القذف ؟ على وجهين بناء على القاذف إذا جاء بحجىء الشاهد هل يحد ؟ على روايتين .

(فصل) وكل زنا أوجب الحد لا يقبل فيه إلا أربعة شهود باتفاق العلماء لتناول النص له بقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ويدخل فيه اللواط ووطء المرأة فى دبرها لأنه زنا .

وعند أبى حنيفة يثبت بشاهدين بناء على أصله فى أنه لا يوجب الحد ، وقد بينا وجوب الحد به ويخص هذا بأن الوطء فى الدبر فاحشة بدليل قوله تعالى (أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين ؟) وقال الله تعالى (واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) فإذا وطئت فى الدبر دخلت فى عموم الاية ، ووطء البهيمة إن قلنا بوجوب الحد به لم يثبت إلا بشهود أربعة وان قلنا لا يوجب إلا التعزير ففيه وجهان .

أحدهما : يثبت بشاهدين لأنه لا يوجب الحد فيثبت بشاهدين كسائر الحقوق

والثانى : يثبت بأربعة وهو قول القاضى لانه فاحشة ولانه ايلاج فى فرج محرم فأشبه الزنا ، وعلى قياس هذا كل وطء لا يوجب الحد ويوجب التعزير ، كوطء الأمة المشتركة وأمته المزوجة ، فان لم يكن وطئا كالمباشرة دون الفرج ونحوها ثبت بشاهدين وجها واحداً لانه ليس بوطء فأشبه سائر الحقوق .

(فصل) ولا يقيم الإمام الحد بعلمه ، وروى ذلك عن أبى بكر الصديق

رضى الله عنه، وبه قال مالك وأصحاب الرأى، وهو أحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر له إقامته بعلمه: وهو قول أبى ثور لانه اذا جازت له إقامته بالبينة والاعتراف الذى لا يفيد إلا الظن فبما يفيد العلم أولى

ولنا : قول الله تعالى (فاستشهدوا عليهن أربعة منكم) وقال تعالى (فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) وقال عمر : أو كان الحبل أو الاعتراف ولأنه لا يجوز له ان يتكلم به ولو رماه بما علمه منه لكان قاذفا يلزمه حد القذف فلم تجز إقامة الحد به كقول غيره ولأنه اذا حرم النطق به فالعمل به أولى . فأما السيد اذا علم من عبده أو جاريته ما يوجب الحد عليه فهل له اقامته عليه ؟ فيه وجهان :

أحدهما : لا يملك اقامته عليه لما ذكرنا فى الامام ولأن الامام اذا لم يملك اقامته بعلمه مع قوة ولايته والاتفاق على تفويض الحد اليه فغيره أولى .

والثانى . يملك ذلك لان السيد يملك تأديب عبده بعلمه ، وهذا يجرى مجرى التأديب ولان السيد أخص بعبده واتم ولاية عليه وأشفق من الامام على سائر الناس

(فصل) واذا احبلت امرأة لا زوج لها ولا سيد لم يلزمها الحد بذلك ، وتسأل فان ادعت انها اكرهت او وطئت بشبهة او لم تعترف بالزنا لم تحد ، وهذا قول ابى حنيفة والشافعى ، وقال مالك : عليها الحد اذا كانت مقيمة غير غريبة الا ان تظهر امارات الاكراه بأن تأتى مستغيثة او صارخة لقول عمر رضى الله عنه والرجم واجب على كل من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصناً اذا قامت بينة او كان الحبل او الاعتراف

وروى ان عثمان اتى بامراة ولدت لستة اشهر فأمر بها عثمان ان ترجم؛ فقال على ليس الك عليها سبيل قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) وهذا يدل على انه كان يرجها بحملها : وعن عمر نحو من هذا

وروى : عن على رضى الله عنه انه قال . يا ايها الناس ان الزنا زناءان زنا سر وزنا علانية فزنا السر ان يشهد الشهود فيكون الشهود اول من يرمى ، وزنا العلانية ان يظهر الحبل او الاعتراف فيكون الامام اول من يرمى وهذا قول سادة الصحابة ولم يظهر لهم فى عصرهم مخالف فيكون اجماعا .

ولنا أنه يحتمل أنه من وطء إكراه أو شبهة والحد يسقط بالشبهات ، وقد قيل ان المرأة تحمل من غير وطء بأن يدخل ماء الرجل فى فرجها إما بفعلها أو فعل غيرها ولهذا تصور حمل البكر فقد وجد ذلك .

وأما قول الصحابة فقد اختلفت الرواية عنهم فروى سعيد حدثنا خلف بن خليفة حدثنا هاشم أن امرأة رفعت الى عمر بن الخطاب ليس لها زوج وقد حملت فسألها عمر فقالت إنى امرأة ثقيلة الرأس وقع على رجل وأنا نائمة فما استيقظت حتى فرغ فدرأ عنها الحد .

وروى البراء بن صبرة عن عمر : أنه أتى بامرأة حامل فادعت أنها أكرهت فقال خل سبيلها وكتب الى أمراء الأجناد أن لا يقتل أحد إلا بإذنه ، وروى عن على وابن عباس أنهما قالا : إذا كان فى الحد لعل وعسى فهو معطل .

وروى الدارقطنى باسناده عن عبد الله بن مسعود ومعاذ بن جبل وعقبة بن عامر أنهم قالوا إذا اشتبه عليك الحد فادرأ ما استطعت ولا خلاف فى أن الحد يدرأ بالشبهات وهى متحققة ههنا .

(فصل) واذا استأجر امرأة لعمل شيء فزنى بها أو استأجرها ليزنى بها وفعل ذلك أو زنى بامرأة ثم تزوجها أو اشتراها فعليهما الحد ، وبه قال أكثر أهل العلم ، وقال أبو حنيفه لا حد عليهما فى هذه المواضع لأن ملكه لمنفعتها شبهة دارئة للحد ولا يحد بوطء امرأة وهو مالك لها .

ولنا : عموم الآية والأخبار ووجود المعنى المقتضى لوجوب الحد ، وقولهم ان ملكه منفعتها شبهة ليس بصحيح فانه اذا لم يسقط عنه الحد ببذلها نفسها له ومطاوعتها اياه فلأن لا يسقط بملكه نفع محل آخر أولى ، وما وجب الحد عليه بوطء مملوكته وانما وجب بوطء أجنبية فتغير حالها لا يسقطه كما لو ماتت .

(فصل) واذا وطىء امرأة له عليها القصاص وجب عليه الحد لأنه حق له عليها فلا يسقط الحد عنه كالدين .

« مسألة » قال (ولو رجم باقرار فرجع قبل أن يقتل كف عنه وكذلك ان رجع بعد أن جلد وقبل كمال الحد خلى)

قد تقدم شرح هذه المسا له وذكرنا أن المقر بالحد متى رجع عن اقراره ترك وكذلك ان أتى بما يدل على الرجوع مثل الهرب لم يطلب لأن ماعزاً لما هرب قال النبي صلى الله عليه وسلم « هلا تركتموه ؟ » ولأن من قبل رجوعه قبل الشروع في الحد قبل بعد الشروع فيه كالبينة .

(فصل) ويستحب للامام أو الحاكم الذي يثبت عنده الحد بالاقرار التعريض له بالرجوع اذا تم والوقوف عن اتمامه اذا لم يتم كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أعرض عن ماعز حين أقر عنده ثم جاء من الناحية الأخرى فأعرض عنه حتى تمم اقراره أربعا ثم قال « لعلك قبلت لعلك لمست » .

وروى أنه قال للذي أقر بالسرقة « ما إخالك فعلت » رواه سعيد عن سفيان عن يزيد بن خصيفة عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان عن النبي صلى الله عليه وسلم وقال حدثنا هشيم عن الحكم بن عتيبة عن يزيد بن أبي كبشة عن أبي الدرداء أنه أتى بجارية سوداء سرقت فقال لها أسرقت ؟ قولي : لا . فقالت لا : فخلى سبيلها ولا بأس أن يعرض بعض الحاضرين له بالرجوع أو بأن لا يقر .

وروينا عن الأحنف : أنه كان جالسا عند معاوية فأتى بسارق فقال له معاوية أسرقت؟ فقال له بعض الشرطة أصدق الأمير فقال الأحنف الصدق في كل المواطن معجزه فعرض له بترك الاقرار .

وروى عن بعض السلف أنه قال لا يقطع ظريف يعني به أنه اذا قامت عليه بينة ادعى شبهة تدفع عنه القطع فلا يقطع ، ويكره لمن علم حاله أن يحثه على الاقرار لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لهزال وقد كان قال لماعز بادر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل أن ينزل فيك قرآن « ألا سترته بثوبك كان خيراً لك ؟ » رواه سعيد .

وروى بإسناده أيضا عن سعيد بن المسيب قال جاء ماعز بن مالك الى عمر بن الخطاب فقال له انه أصاب فاحشة فقال له أخبرت بهذا أحداً قبلي قال لا . قال فاستتر بستر الله وتب الى الله فإن الناس يعيرون ولا يغيرون والله يغير ولا يعير فتب الى الله ولا تخبر به أحدا فانطلق الى أبي بكر فقال له مثل ماقال عمر فلم تقره نفسه حتى أتى رسول الله (ص) فذكر له ذلك .

« مسئلة » قال (ومن زنى مراراً ولم يحد فحد واحد)

وجملته أن ما يوجب الحد من الزنا والسرقة والقذف وشرب الخمر اذا تكرر قبل اقامة الحد أجزأ حد واحد بغير خلاف علمناه ، قال ابن المنذر: أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، منهم عطاء والزهري ومالك وأبو حنيفة وأحمد واسحاق وأبو ثور وأبو يوسف وهو مذهب الشافعي ، وان أقيم عليه الحد ثم حدثت منه جناية أخرى ففيها حدها ، لا نعلم فيه خلافا ، وحكاه ابن المنذر عمن يحفظ عنه ، وقد سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الامة تزني قبل أن تحصن قال « ان زنت فاجلدوها ، ثم ان زنت فاجلدوها ، ثم ان زنت فاجلدوها » ولان تداخل الحدود انما يكون مع اجتماعها، وهذا الحد الثاني وجب بعد سقوط الاول باستيفائه ، وان كانت الحدود من أجناس مثل الزنا والسرقة وشرب الخمر أقيمت كلها الا أن يكون فيها قتل ، فإن كان فيها قتل اكتفى به لانه لا حاجة معه الى الزجر بغيره ، وقد قال ابن مسعود : ما كانت حدود فيها قتل الا أحاط القتل بذلك كله ، وان لم يكن فيها قتل استوفيت كلها وبدىء بالاخف فالاخف ، فيبدأ بالجلد ثم بالقطع ويقدم الاخف في الجلد على الاثقل ، فيبدأ في الجلد بحد الشرب ثم بحد القذف ان قلنا انه حق لله تعالى ثم بحد الزنا ، وان قلنا ان حد القذف حق لآدمي قدمناه ، ثم بحد الشرب ثم بحد الزنا

« مسئله » قال (واذا تحاكم الينا أهل الذمة حكمنا عليهم بحكم الله تعالى علينا)

وجملة ذلك أنه اذا تحاكم الينا أهل الذمه أو استعدى بعضهم على بعض فالحاكم مخير بين احضارهم والحكم بينهم وبين تركهم ، سواء كانوا من اهل دين واحد او من اهل أديان .

هذا المنصوص عن أحمد وهو قول النخعي واحد قولي الشافعي

وحكى ابو الخطاب عن احمد رواية اخرى انه يجب الحكم بينهم ، وهذا القول الثاني للشافعي ، واختيار المزني لقول الله تعالى (وان احكم بينهم بما انزل الله) ولانه يلزمه دفع من قصد واحداً منهما بغير حق فلزمه الحكم بينهما كالمسلمين .

ولنا قول الله تعالى (فإن جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) فخيره بين الأمرين ، ولا خلاف فى أن هذه الاية نزلت فيمن وادعه رسول الله (ص) من يهود المدينة ، ولأنهما كافران فلا يجب الحكم بينهما كالمعاهدين ، والاية التى احتجوا بها محمولة على من اختار الحكم بينهم لقوله تعالى (وإن حكمت فاحكم بينهم بالقسط جمعاً بين الايتين ، فإنه لا يصار الى النسخ مع إمكان الجمع ، فإذا ثبت هذا فإنه إذا حكم بينهم لم يجز له الحكم إلا بحكم الاسلام للآيتين ، ولأنه لا يجوز له الحكم الا بالقسط كما فى حق المسلمين ، ومتى حكم بينهما ألزمهما حكمه ، ومن امتنع منهما أجبره على قبول حكمه وأخذه به . لأنه إنما دخل فى العهد بشرط التزام أحكام الاسلام .

قال أحمد : لا يبحث عن أمرهم ولا يسئل عن أمرهم إلا أن يأتوا هم ، فإن ارتفعوا الينا أقمنا عليهم الحد على مافعل النبي صلى الله عليه وسلم وقال أيضا حكمنا يلزمهم وحكمنا جائز على جميع الملل ولا يدعوهما الحاكم ، فإن جاءوا حكمنا بحكمنا

إذا ثبت هذا فإنه إذا رفع إلى الحاكم من أهل الذمة من فعل محرما يوجب عقوبة مما هو محرم عليهم فى دينهم كالزنا والسرقة والقذف والقتل فعليه إقامة حده عليه فإن كان زنا جلد إن كان بكراً وغرب عاما ، وان كان محصنا رجم لما روى ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بيهوديين فجرا بعد إحصانهما فأمر بهما فرجما .

وعن ابن عمر أن اليهود جاءوا الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا له : ان رجلا منهم وامرأة زنيا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ما تجدون فى التوراة فى شأن الرجم ؟ فقالوا نفضحهم ويجلدون . قال عبد الله بن سلام : كذبتم ان فيها الرجم ، فأتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها ، فقال عبد الله بن سلام ارفع يدك ، فرفع يده فاذا فيها آية الرجم ، فقالوا صدق يا محمد فيها آية الرجم ، فأمر بهما رسول الله (ص) فرجما ، متفق عليه . وروى أنس « أن يهودياً قتل جارية على أوضاح لها بحجر فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين » متفق عليه . وإن كان يعتقد إباحته كشرب الخمر

لم يحد لأنه لا يعتقد تحريمه فلم يلزمه عقوبته كالكفر ، وإن تظاهر به عزر لأنه أظهر منكراً فى دار الاسلام فعزر عليه كالمسلم .

(فصل) وإن تحاكم مسلم وذمى وجب الحكم بينهم بغير خلاف لأنه يجب دفع ظلم كل واحد منهما عن صاحبه .

« مسألة » قال (وإذا قذف بالغ حراً مسلما أو حرة مسلمة جلد الحد ثمانين)

القذف هو الرمى بالزنا وهو محرم باجماع الامة والاصل فى تحريمه الكتاب والسنة ، أما الكتاب فقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) وقال سبحانه (ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والاخرة ولهم عذاب عظيم)

وأما السنة فقول النبي (ص) « اجتنبوا السبع الموبقـات ، قالوا وما هن يا رسول الله ؟ قال : الشرك بالله والسحر وقتل النفس التى حرم الله وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات» متفق عليه ، والمحصنات ههنا العفائف ، والمحصنـات فى القرآن جاءت بأربعة معان : أحدها : هذا ، والثانى : بمعنى المزوجات كقوله تعالى (والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم) وقوله تعالى (محصنات غير مسافحات) والثالث بمعنى الحرائر كقوله تعالى (ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنـات) وقوله سبحانه (والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) وقوله (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) . والرابع بمعنى الاسلام كقوله (فإذا أحصن) قال ابن مسعود إحصانها إسـلامها ، وأجمع العلماء على وجوب الحد على من قذف المحصن اذا كان مكلفا .

وشرائط الاحصان الذى يجب الحد بقذف صاحبه خمسة : العقل والحرية والاسلام والعفة عن الزنا ، وأن يكون كبيراً يجامع مثله ، وبه يقول جماعة العلماء قديما وحديثا سوى ما روى عن داود أنه أوجب الحد على قاذف العبد ، وعن ابن المسيب وابن أبي ليلى قالوا : إذا قذف ذمية ولها ولد مسلم يحد والأول أولى

لأن من لا يحد قاذفه إذا لم يكن له ولد لا يحـــد وله ولد كالمجنونة ، واختلفت الرواية عن أحمد فى اشتراط البلوغ ، فروى عنه أنه شرط ، وبه قال الشـافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لانه أحد شرطى التكليف فأشبه العقل ، ولأن زنا الصبى لا يوجب حداً فلا يجب الحد بالقذف به كزنا المجنون ، والثانية لا يشترط لأنه حر عاقل عفيف يتعير بهذا القول الممكن صدقه فأشبه الكبير ، وهذا قول مالك وإسحاق ، فعلى هذه الرواية لا بد أن يكون كبيراً يجامع مثله ، وأدناه أن يكون للغلام عشر وللجاريه تسع .

(فصل) ويجب الحد على قاذف الخصى والمجبوب والمريض المدنف والرتقاء والقرناء ، وقال الشـافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى : لا حد على قاذف مجبوب . قال ابن المنذر وكذلك الرتقاء ، وقال الحسن : لا حد على قاذف الخصى لأن العار منتف عن المقذوف بدون الحد للعلم بكذب القاذف والحد إنما يجب لنفى العار .

ولنا عموم قوله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) والرتقاء داخلة فى عموم هذا : ولانه قاذف لمحصن فيلزمه الحد كقاذفـــ القادر على الوطء ، ولأن إمكان الوطء أمر خفى لا يعلمه كثير من الناس فلا ينتفى العار عند من لم يعلمه بدون الحد فيجب كقذفـــ المريض .

(فصل) ويجب الحد على القاذفـــ فى غير دار الاسلام وبهذا قال الشافعى وقال أصحاب الرأى : لا حد عليه لأنه فى دار لا حد على أهلها .

ولنا عموم قوله تعالى (والذين يرمون) الآية ، ولأنه مسلم مكلف قذفـــ محصنا فأشبه من فى دار الاسلام .

(فصل) وقدر الحد ثمانون اذا كان القاذفـــ حراً للآية والاجماع ، رجلا كان أو امرأة ، ويشترط أن يكون بالغا عاقلا غير مكره لأن هذه مشترطة لكل حد

« مسألة » قال ﴿ اذا طالب المقذوفـــ ولم يكن للقاذفـــ بينة ﴾

وجملته أن يعتبر لإقامة الحد بعد تمام القذفـــ بشروطه شرطان .

أحدهما مطالبة المقذوفـــ لأنه حق له فلا يستوفى قبل طلبه كسائر حقوقه .

والثانى : أن لا يأتى ببينة لقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم

يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم) فيشترط فى جلدهم عدم البينة وكذلك يشترط عدم الاقرار من المقذوف لأنه فى معنى البينة ، فإن كان القاذف زوجا اعتبر شرط ثالث وهو امتناعه من اللعان ، ولا نعلم خلافا فى هذا كله ، وتعتبر استدامة الطلب الى إقامة الحد فلو طلب ثم عفا عن الحد سقط وبهذا قال الشافعى وأبو ثور ، وقال الحسن وأصحاب الرأى : لا يسقط بعفوه لأنه حد فلم يسقط بالعفو كسائر الحدود

ولنا أنه حق لا يستوفى إلا بعد مطالبة الادمى باستيفائه فسقط بعفوه كالقصاص وفارق سائر الحدود فإنه لا يعتبر فى إقامتها الطلب باستيفائها وحد السرقة إنما تعتبر فيه المطالبة بالمسروق لا باستيفاء الحد ؛ ولأنهم قالوا تصح دعواه ويستحلف فيه ويحكم الحاكم فيه بعلمه ولا يقبل رجوعه عنه بعد الاعتراف فدل على أنه حق لآدمى .

(فصل) واذا قلنا بوجوب الحد بقذف من لم يبلغ لم تجز إقامته حتى يبلغ ويطالب به بعد بلوغه لأن مطالبته قبل البلوغ لا توجب الحد لعدم اعتبار كلامه وليس لوليه المطالبة عنه لأنه حق شرع للتشفى فلم يقم غيره مقامه فى استيفائه كالقصاص، فإذا بلغ وطالب أقيم عليه حينئذ ، ولو قذف غائبا لم يقم عليه الحد حتى يقدم ويطالب الا آن يثبت أنه طالب فى غيبته ، ويحتمل أن لا تجوز إقامته فى غيبته بحال لانه يحتمل أن يعفو بعد المطالبة فيكون ذلك شبهة فى درء الحد لكونه يندرىء بالشبهات . ولو قذف عاقلا فجن بعد قذفه وقبل طلبه لم تجز إقامته حتى يفيق ويطلب ، وكذلك ان أغمى عليه فإن كان قد طالب به قبل جنونه وإغمائه جازت إقامته كما لو وكل فى استيفاء القصاص ثم جن أو أغمى عليه قبل استيفائه

« مسألة » قال (وان كان القاذف عبداً أو أمة جلد أربعين بأدون من السوط الذى يجلد به الحر)

أجمع أهل العلم على وجوب الحد على العبد اذا قذف الحر المحصن لانه داخل فى عموم الاية وحده أربعون فى قول أكثر أهل العلم ، روى عن عبد الله بن عامر ابن ربيعة أنه قال . أدركت أبا بكر وعمر وعثمان ومن بعدهم من الخلفاء فلم أرهم يضربون المملوك اذا قذف الا أربعين .

وروى خلاس [1] أن عليا قال فى عبد قذف حراً نصف الجلد وجلد أبو بكر ابن محمد بن عمرو بن حزم عبدا قذف حراً ثمانين، وبه قال قبيصة وعمر بن عبدالعزيز ولعلهم ذهبوا الى عموم الآية والصحيح الأول للاجماع المنقول عن الصحابة رضى الله عنهم ولأنه حد يتبعض فكان العبد فيه على النصف من الحر كحد الزنا وهو يخص عموم الآية وقد عيب على أبى بكر بن عمرو بن حزم جلده العبد ثمانين وقال عبد الله بن عامر بن ربيعة ما راينا أحداً قبله جلد العبد ثمانين .

وقال سعيد حدثنا ابن عبد الرحمن بن أبى الزناد عن أبيه قال حضرت عمر بن عبد العزيز جلد عبدا فى فرية ثمانين وأنكر ذلك من حضره من الناس وغيرهم من الفقهاء فقال لى عبد الله بن عامر بن ربيعة إنى رأيت والله عمر بن الخطاب مارأيت أحدا جلد عبدا فى فرية فوق أربعين، إذا ثبت أنه أربعون فإنه يكون بدون السوط الذى يجلد به الحر لأنه لما خفف فى قدره خفف فى سوطه كما أن الحدود فى أنفسها كلما قل منها كان سوطه أخف فالجلد فى الشرب أخف منه فى القذف وفى القذف أخف منه فى الزنا، ويحتمل أن يساوى العبد الحر فى السوط لأنه على النصف ولا يتحقق التنصيف إلا مع المساواة فى السوط .

(فصل) وإذا قذف ولده وإن نزل لم يجب الحد عليه سواء كان القاذف رجلا أو إمرأة، وبهذا قال عطاء والحسن والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى، وقال عمر بن عبدالعزيز ومالك وأبو ثور وابن المنذر عليه الحد لعموم الاية ولانه حد فلا تمنع من وجوبه قرابة الولادة كالزنا .

ولنا أنه عقوبة تجب حقا لآدمى فلا يجب للولد على الوالد كالقصاص أو نقول

---

(١) خلاس بن عمرو الهجرى روى عن على وعمار وعائشة وأبى هريرة، روى عنه قتادة ومالك بن دينار وعوف : قال جرير . كان مغيرة لا يعبأ بحديث خلاس، وقال أبو أيوب : لا ترو عن خلاس فإنه صحفى، وقال صالح بن أحمد قال أبى كان يحيى بن سعيد يتوقى أن يحدث عن خلاس عن على خاصة وأظن أنه قد حدث عنه بحديث، وقال الجوزجانى : سألت أحمد يعنى ابن حنبل عن خلاس فقال : يقال روايته عن على كتاب، وقال يحيى بن معين . خلاس بن عمرو ثقة :

إنه حق لا يستوفى إلا بالمطالبة باستيفائه فأشبه القصاص ولأن الحد يدرأ بالشبهات فلا يجب للابن على أبيه كالقصاص ولأن الأبوة معنى يسقط القصاص فمنعت الحد كالرق والكفر وهذا يخص عموم الاية وما ذكروه ينتقض بالسرقة فإن الأب لا يقطع بسرقة مال ابنه والفرق بين القذف والزنا أن حد الزنا خالص لحق الله تعالى لا حق للآدمى فيه وحد القذف حق لآدمى فلا يثبت للابن على أبيه كالقصاص وعلى أنه لو زنا بجارية ابنه لم يجب عليه حد .

إذا ثبت هذا فإنه لو قذف أم ابنه وهى أجنبية منه فماتت قبل استيفائه لم يكن لابنه المطالبة بالحد لأن ما منع ثبوته ابتداء أسقطه طارئا كالقصاص وان كان لها ابن آخر من غيره كان له استيفاؤه إذا ماتت بعد المطالبة به لان الحد يملك بعض الورثة استيفاءه كله بخلاف القصاص ، وأما قذف سائر الأقارب فيوجب الحد على القاذف فى قولهم جميعاً .

«مسألة» قال (وإذا قال له يا لوطى سئل عما أراد فإن قال أردت أنك من قوم لوط فلا شيء عليه وإن قال أردت أنك تعمل عمل قوم لوط فهو كمن قذف بالزنا)

فى هذه المسألة فصلان :

أحدهما . أن من قذف رجلا بعمل قوم لوط اما فاعلا واما مفعولا فعليه حد القذف ، وبه قال الحسن والنخعى والزهرى ومالك وأبو يوسف ومحمد بن الحسن وأبو ثور .

وقال عطاء وقتادة وأبو حنيفة لا حد عليه لانه قذف بما لا يوجب الحد عنده وعندنا هو موجب للحد وقد بيناه فيما مضى ، وكذلك لو قذف امرأة أنها وطئت فى دبرها أو قذف رجلا بوطء امرأة فى دبرها فعليه الحد عندنا ، وعند أبى حنيفة لا حد عليه ، ومبنى الخلاف ههنا على الخلاف فى وجوب حد الزنا على فاعل ذلك وقد تقدم الكلام فيه .

فأما إن قذفه باتيان بهيمة انبنى ذلك على وجوب الحد على فاعله ، فمن أوجب الحد على فاعله أوجب حد القذف على القاذف به ومن لا فلا ، وكل مالا يجب الحد بفعله لا يجب الحد على القاذف به كما لو قذف إنسانا بالمباشرة دون الفرج

أو بالوطء بالشبهة او قذف امرأة بالمساحقة او بالوطء مستكرهة لم يجب الحد على القاذف . ولأنه رماه بما لا يوجب الحد وأشبه ما لو قذفه باللمس والنظر، وكذلك لو قال يا كافر يافاسق ياسارق يامنافق يا فاجر ياخبيث ياأعور ياأقطع ياأعمى ابن الزمن الأعمى الاعرج فلا حد فى ذلك كله لانه قذف بما لا يوجب الحد فلم يوجب الحد كما لو قال يا كاذب ياتمام ولا نعلم فى هذا خلافا بين أهل العلم ولكنه يعزر لسب الناس وأذاهم فأشبه ما لو قذف من لا يوجب قذفه الحد

الفصل الثانى : أنه اذا قال أردت أنك من قوم لوط فاختلفت الرواية عن أحمد فروى عنه جماعة أنه يجب عليه الحد بقوله يالوطى ولا يسمع تفسيره بما يحيل القذف ، وهذا اختيار أبى بكر ، ونحوه قال الزهرى ومالك

والرواية الثانيه : أنه لا حد عليه نقلها المروذى ونحو هذا قال الحسن والنخعى قال الحسن اذا قال نويت أن دينه دين لوط فلا حد عليه ، وان قال أردت أنك تعمل عمل قوم لوط فعليه الحد ، ووجه ذلك أنه فسر كلامه بمالا يوجب الحد فلم يجب عليه حد كما لو فسره به متصلا بكلامه

وروى عن أحمد رواية ثالثه أنه اذا كان فى غضب قال إنه لأهل أن يقام عليه الحد لان قرينة الغضب تدل على ارادة القذف بخلاف حال الرضا : والصحيح فى المذهب الرواية الأولى لان هذه الكلمة لا يفهم منها الا القذف بعمل قوم لوط فكانت صريحة فيه كقوله يا زانى ، ولان قوم لوط لم يبق منهم أحد فلا يحتمل أن ينسب إليهم

(فصل) وان قال اردت انك على دين لوط او أنك تحب الصبيان أو تقبلهم او تنظر اليهم او انك تتخلق بأخلاق قوم لوط فى انديتهم غير إتيان الفاحشه او انك تنهى عن الفاحشة كنهى لوط عنها او نحو ذلك خرج فى هذا كله وجهان بناء على الروايتين المنصوصتين فى المسألة لان هذا فى معناه

« مسألة » قال (وكذلك من قال يا معفوج)

المنصوص عن أحمد فيمن قال يا معفوج ان عليه الحد وكلام الخرقى يقتضى انه يرجع الى تفسيره فان فسره بغير الفاحشة مثل ان قال اردت يا مفلوج او يامصابا

دون الفرج ونحو هذا فلا حد عليه لأنه فسره بما لا حد فيه وان فسره بعمل قوم لوط فعليه الحد كما لو صرح به ووجه القولين ما تقدم فى التى قبلها .

(فصل) وكلام الخرقى يقتضى أن لا يجب الحد على القاذف إلا بلفظ صريح لا يحتمل غير القذف وهو أن يقول يا زانى أو ينطق باللفظ الحقيقى فى الجماع ، فأما ماعداه من الالفاظ فيرجع فيه الى تفسيره لما ذكرنا فى هاتين المسألتين ، فلو قال لرجل يا مخنث أو لإمرأة يا قحبة وفسره بما ليس بقذف مثل أن يريد بالمخنث أن فيه طباع التأنيث والتشبه بالنساء وبالقحبة أنها تستعد لذلك فلا حد عليه ، وكذلك إذا قال يا فاجرة يا خبيثة .

وحكى أبو الخطاب فى هذا رواية أخرى أنه قذف صريح ويجب به الحد ، والصحيح الأول : قال أحمد فى رواية حنبل لا أرى الحد إلا على من صرح بالقذف والشتيمة ، قال ابن المنذر : الحد على من نصب الحد نصبا ولأنه قول غير الزنا فلم يكن صريحا فى القذف كقوله يا فاسق وان فسر شيئا من ذلك بالزنا فلا شك فى كونه قذفا .

(فصل)

واختلفت الرواية عن أحمد فى التعريض بالقذف مثل أن يقول لمن يخاصمه ما أنت بزان ما يعرفك الناس بالزنا يا حلال ابن الحلال ، أو يقول ما أنا بزان ولا أمى بزانية فروى عنه حنبل لا حد عليه وهو ظاهر كلام الخرقى واختيار أبى بكر ، وبه قال عطاء وعمرو بن دينار وقتادة والثورى والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى وابن المنذر لما روى أن رجلا قال للنبى (ص) إن امرأتى ولدت غلاما أسواد يعرض بنفيه فلم يلزمه بذلك حد ولا غيره . وقد فرق الله تعالى بين التعريض بالخطبة والتصريح بها فأباح التعريض فى العدة وحرم التصريح فكذلك فى القذف ولأن كل كلام يحتمل معنيين لم يكن قذفا كقوله يا فاسق .

وروى الأثرم وغيره عن أحمد أن عليه الحد ، وروى ذلك عن عمر (رض) وبه قال إسحاق لأن عمر حين شاورهم فى الذى قال لصاحبه ما أنا بزان ولا أمى بزانية فقالوا قد مدح أباه وأمه فقال عمر قد عرض بصاحبه فجلده الحد ، وقال معمر إن عمر كان يجلد الحد فى التعريض .

وروى الأثرم أن عثمان جلد رجلا قال لآخر يا ابن شامة الوذر يعرض له بزنا أمه والوذر قدر اللحم يعرض له بكمر الرجال ولأن الكناية مع القرينة الصارفة الى أحد محتملاتها كالصريح الذى لا يحتمل الا ذلك المعنى ولذلك وقع الطلاق بالكناية فإن لم يكن ذلك فى حال الخصومة ولا وجدت قرينة تصرف الى القذف فلا شك فى أنه لا يجوز قذفا .

وذكر أبو الخطاب من صور التعريض أن يقول لزوجة آخر قد فضحته وغطيت رأسه وجعلت له قرونا وعلقت عليه أولاداً من غيره وأفسدت فراشه ونكست رأسه ، وذكر فى جميع ذلك روايتين ، وذكر أبو بكر عبد العزيز أن أبا عبد الله رجع عن القول بوجوب الحد فى التعريض .

(فصل) وان قال لرجل يا ديوث يا كشحان فقال أحمد يعزر ، قال ابراهيم الحربى الديوث الذى يدخل الرجال على امرأته ، وقال ثعلب القرطبان الذى يرضى أن يدخل الرجال على امرأته ، وقال القرنان والكشحان لم ارهما فى كلام العرب ومعناه عند العامة مثل معنى الديوث او قريبا منه فعلى القاذف به التعزير على قياس قوله فى الديوث لأنه قذفه بما لا حد فيه .

وقال خالد بن يزيد عن أبيه فى الرجل يقول للرجل يا قرنان اذا كان له اخوات او بنات فى الإسلام ضرب الحد يعنى انه قاذف لهن .

وقال خالد عن ابيه القرنان عند العامة من له بنات والكشحان من له اخوات يعنى والله اعلم اذا كان يدخل الرجال عليهن والقواد عند العامة السمسار فى الزنا والقذف بذلك كله يوجب التعزير لانه قذف بما لا يوجب الحد .

(فصل) واذا نفى رجلا عن ابيه فعليه الحد نص عليه احمد ، وكذلك اذا نفاه عن قبيلته ، وبهذا قال ابراهيم النخعى واسحاق . وبه قال ابو حنيفة والثورى وحماد اذا نفاه عن ابيه وكانت امه مسلمة وان كانت ذمية او رقيقة فلا حد عليه لان القذف لها .

ووجه الاول ما روى الاشعث بن قيس عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان يقول « لا اوتى برجل يقول ان كنانة ليست من قريش الا جلدته » وعن ابن مسعود أنه قال لا جلد الا فى اثنين ، رجل قذف محصنة أو نفى رجلا عن أبيه وهذا

لايقوله إلا توقيفا ، فأما إن نفاه عن أمه فلا حد عليه لأنه لم يقذف أحداً بالزنا ؛ وكذلك إن قال إن لم تفعل كذا فلست ابن فلان فلا حد فيه : لأن القذف لا يتعلق بالشرط ، والقياس يقتضي أن لا يجب الحد بنفي الرجل عن قبيلته ، ولأن ذلك لا يتعين فيه الرمي بالزنا ، فأشبه ما لو قال للأعجمي إنك عربي : ولو قال للعربي أنت نبطي أو فارسي فلا حد فيه وعليه التعزير نص عليه لانه يحتمل أنك نبطي اللسان أو الطبع .

وحكي عن أحمد رواية أخرى أن عليه الحد كما لو نفاه عن أبيه . والاول أصح ، وبه قال مالك والشافعي لانه يحتمل غير القذف احتمالا كثيراً فلا يتعين صرفه اليه ، ومتى فسر شيئا من ذلك بالقذف فهو قاذف .

(فصل) وإذا قذف رجل رجلا فقال آخر صدقت فالمصدق قاذف أيضا في أحد الوجهين لأن تصديقه ينصرف الى ما قاله . بدليل ما لو قال لي عليك ألف فقال صدقت كان إقراراً بها ، ولو قال اعطني ثوبي هذا فقال صدقت كان إقراراً ، وفيه وجه آخر لا يكون قاذفاً ، وهو قول زفر لأنه يحتمل أن يريد بتصديقه في غير القذف ، ولو قال أخبرني فلان أنك زنيت لم يكن قاذفاً سواء كذبه المخبر عنه أو صدقه ، وبه قال الشافعي وابو ثور وأصحاب الرأي .

وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر أنه يكون قاذفاً اذا كذبه الاخر . وبه قال عطاء ومالك ونحوه عن الزهري لانه أخبر بزناه .

ولنا أنه إنما أخبر انه قد قذف فلم يكن قذفاً ، كما لو شهد على رجل انه قد قذف رجلا .

(فصل) وان قال أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس فهو قاذف له وهل يكون قاذفاً للثاني ؟ فيه وجهان . أحدهما : يكون قاذفا له ، اختاره القاضي لأنه أضاف الزنا اليهما وجعل أحدهما فيه أبلغ من الاخر ، فإن لفظة أفعل للتفضيل فيقتضي اشتراك المذكورين في أصل الفعل وتفضيل أحدهما على الاخر فيه ، كقوله أجود من حاتم . والثاني : يكون قاذفا للمخاطب خاصة لان لفظة أفعل قد تستعمل للمنفرد بالفعل ، كقول الله تعالى (أفمن يهدي إلى الحق أحق ان يتبع أم من لا يهدي الا ان يهدى) وقال تعالى (فأي الفريقين أحق بالامن ؟ ـ وقال لوط ـ

بناتى هن أطهر لكم أى من أدبار الرجال ولا طهارة فيهم . وقال الشافعى وأصحاب الرأى : ليس بقذف للأول ولا للثانى إلا ان يريد به القذف

ولنا ان موضوع اللفظ يقتضى ما ذكرناه فحمل عليه كما لو قال انت زان

(فصل) وإن قال زنأت مهموزاً فقال ابو بكر وابو الخطاب هو قذف ، لان عامة الناس لا يفهمون من ذلك الا القذف فكان قذفا كما قال زنيت ، وقال ابن حامد : إن كان عاميا فهو قذف لانه لا يريد به الا القذف ، وان كان من أهل العربية لم يكن قذفا لان معناه فى العربية طلعت ، فالظاهر انه يريد موضوعه ، ولاصحاب الشافعى فى كونه قذفا وجهان ، وان قال زنأت فى الجبل فالحكم فيه كما لو قال زنأت ولم يقل فى الجبل . وقال الشافعى ومحمد بن الحسن ليس بقذف ، قال الشافعى ويستحلف على ذلك .

ولنا انه اذا كان عاميا لا يعرف موضوعه فى اللغه تعين مراده فى القذف ولم يفهم منه سواه فوجب ان يكون قذفا كما لو فسره بالقذف او لحن لحنا غير هذا

فصل

فإن قال لرجل يا زانيه أو لامرأة يا زانى فهو صريح فى قذفهما اختاره ابو بكر وهو مذهب الشافعى ، واختار ابن حامد انه ليس بقذف إلا ان يفسره به . وهو قول ابى حنيفه لانه يحتمل ان يريد بقوله يا زانية اى يا علامة فى الزنا : كما يقال للعالم علامة وللكثير الرواية راوية ولكثير الحفظ حفظة .

ولنا ان ما كان قذفا لأحد الجنسين كان قذفا للآخر ، كقوله زنيت بفتح التاء وكسرها لهما جميعا ، ولان هذا اللفظ خطاب لهما وإشارة اليهما بلفظ الزنا ، وذلك يغنى عن التمييز بتاء التأنيث وحذفها ، وكذلك لو قال للمرأة يا شخصا زانيا او للرجل يا نسمة زانية كان قاذفا

وقولهم انه يريد بذلك انه علامة فى الزنا لا يصح ، فإن ما كان اسما للفعل اذا دخلته الهاء كانت للمبالغة ، كقولهم حفظة للمبالغه فى الحفظ وراوية للمبالغة فى الرواية ، وكذلك همزة ولمزة وصرعة ، ولأن كثيرا من الناس يذكر المؤنث

ويؤنث المذكر ولا يخرج بذلك عن كون المخاطب به مراداًبما يراد باللفظ الصحيح

(فصل) وان قال لرجل زنيت بفلانة كان قاذفا لها ، وقد نقل عن أبي عبد الله أنه سئل عن رجل قال لرجل : يا ناكح أمه ما عليه ؟ قال : إن كانت أمه حية فعليه الحد للرجل ولأمه حد .

وقال مهنا : سألت أبا عبد الله : إذا قال الرجل لرجل يا زاني ابن الزاني ، قال عليه حدان ، قلت أبلغك في هذا شيء ؟ قال مكحول : قال فيه حدان ، وإن أقر إنسان أنه زنى بامرأة فهو قاذف لها ، سواء ألزمه حد الزنا بإقراره أو لم يلزمه وبهذا قال ابن المنذر وأبو ثور ويشبه مذهب الشافعي . وقال ابو حنيفة : لا يلزمه حد القذف لأنه يتصور منه الزنا بها من غير زناها لاحتمال أن تكون مكرهة أو موطوءة بشبهة .

ولنا ما روى ابن عباس أن رجلا من بكر بن ليث أتى النبي صلى الله عليه وسلم فاقر انه زنى بامرأة أربع مرات فجلده مائة وكان بكرا ، ثم سأله البينة على المرأة ، فقالت : كذب والله يا رسول الله ، فجلده حد الفرية ثمانين ، والاحتمال الذي ذكره لاينفي الحد بدليل ما لو قال : يا ناكح أمه فإنه يلزمه الحد مع احتمال أن يكون فعل ذلك بشبهة . وقد روى عن أبي هريرة أنه جلد رجل قال لرجل ذلك ، ويتخرج لنا مثل قول أبي حنيفة بناء على ما اذا قال لامرأته يا زانية فقالت بك زنيت ، فإن أصحابنا قالوا لا حد عليها في قولها بك زنيت لاحتمال وجود الزنا به مع كونه واطئا بشبهة ولا يجب الحد عليه لتصديقها إياه ، وقال الشافعي عليه الحد دونها ، وليس هذا بإقرار صحيح .

ولنا أنها صدقته فلم يلزمه حد ، كما لو قالت صدقت ، ولو قال يا زانية ، قالت أنت أزنى مني ، فقال أبو بكر هي كالتي قبلها في سقوط الحد عنه ويلزمها له ههنا حد القذف بخلاف التي قبلها لأنها أضافت اليه الزنا وفي التي قبلها أضافته إلى نفسها

« مسئلة » قال (ومن قذف رجلا فلم يقم الحد حتى زنى المقذوف لم يزل الحد عن القاذف) .

وبهذا قال الثوري وأبو ثور والمزني وداود ؛ وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي

لا حد عليه ، لأن الشروط تعتبر استدامتها الى حالة إقامة الحد ، بدليل انه لو ارتد أو جن لم يقم الحد ، ولأن وجود الزنا منه يقوى قول القاذف ويدل على تقدم هذا الفعل منه ، فأشبه الشهادة إذا طرأ الفسق بعد أدائها قبل الحكم بها .

ولنا ان الحد قد وجب وتم بشروطه فلا يسقط بزوال شرط الوجوب كما لو زنى بأمة ثم اشتراها أو سرق عينا فنقصت قيمتها أو ملكها وكما لو جن المقذوف بعد المطالبة . وقولهم ان الشروط تعتبر استدامتها لا يصح فإن الشروط للوجوب فيعتبر وجودها الى حين الوجوب وقد وجب الحد بدليل انه ملك المطالبة و يبطل بالاصول التي قسنا عليها .

وأما اذا جن من وجب له الحد فلا يسقط الحد وإنما يتأخر استيفاؤه لتعذر المطالبة به فأشبه ما لو غاب من له الحد . وان ارتد من له الحد لم يملك المطالبة لان حقوقه وأملاكه تزول أو تكون موقوفة ، وفارق الشهادة فإن العدالة شرط للحكم بها فيعتبر وجودها الى حين الحكم بها بخلاف مسألتنا فإن العفة شرط للوجوب فلا تعتبر الا الى حين الوجوب .

(فصل) ولو وجب الحد على ذمي أو مرتد فلحق بدار الحرب ، ثم عاد لم يسقط عنه ، ، وقال أبو حنيفة : يسقط .

ولنا انه حد وجب فلم يسقط بدخول دار الحرب كما لو كان مسلما دخل بأمان

« مسألة » قال (ومن قذف مشركا أو عبداً أو مسلما له دون العشر سنين أو مسلمة لها دون التسع سنين أدب ولم يحد)

قد ذكرنا أن الاسلام والحرية وإدراك سن يجامع مثله فى مثله شروط لوجوب الحد على قاذفه ، فاذا انتفى أحدها لم يجب الحد على قاذفه ولكن يجب تأديبه ردعا له عن أعراض المعصومين وكفاً له عن أذاهم ، وحد الصبي الذي لم يجب الحد بقذفه أن يبلغ الغلام عشرا والجارية تسعا فى إحدى الروايتين ، وقد سبق ذكر ذلك .

(فصل) فان اختلف القاذف والمقذوف فقال القاذف : كنت صغيرا حين قذفتك ، وقال المقذوف كنت كبيرا ، فذكر القاضي ان القول قول القاذف لا ن

الأصل الصغر وبراءة الذمة من الحد ، فإن أقام القاذف بينة أنه قذفه صغيراً وأقام المقذوف بينة أنه قذفه كبيرا وكانتا مطلقتين أو مؤرختين تاريخين مختلفين فهما قذفان موجب أحدهما التعزير ، والثانى الحد ، وان بينتا تاريخاً واحدا . وقالت إحداهما وهو صغير ، وقالت الأخرى وهو كبير تعارضتا وسقطتا ، وكذلك لو كان تاريخ بينة المقذوف قبل تاريخ بينة القاذف .

« مسألة » قال (ومن قذف من كان مشركا وقال : أردت أنه زنى وهو مشرك لم يلتفت الى قوله وحد القاذف اذا طالب المقذوف ، وكذلك من كان عبداً)

إنما كان كذلك لأنه قذفه فى حال كونه مسلما محصنا وذلك يقتضى وجوب الحد عليه لعموم الآية ووجود المعنى فإذا ادعى ما يسقط الحد عنه لم يقبل منه كما لو قذف كبيراً ، ثم قال . أردت أنه زنى وهو صغير ، فأما إن قال له : زنيت فى شركك فلا حد عليه ، وبه قال الزهرى وأبو ثور وأصحاب الرأى .

وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى ، وعن مالك أنه يحد ، وبه قال الثورى لأن القذف وجد فى حال كونه محصنا .

ولنا أنه أضاف القذف الى حال ناقصة أشبه ما لو قذفه فى حال الشرك ولأنه قذفه بما لا يوجب الحد على المقذوف فأشبه ما لو قذفه بالوطء دون الفرج وهكذا الحكم لو قذف من كان رقيقا فقال . زنيت فى حال رقك أو قال : زنيت وأنت طفل ، وان قال : زنيت وأنت صبي أو صغير سئل عن الصغر فإن فسره بصغر لا يجامع فى مثله فهى كالتى قبلها ، وان فسره بصغر يجامع فى مثله فعليه الحد فى إحدى الروايتين .

وإن قال : زنيت إذ كنت مشركا أو إذ كنت رقيقا فقال المقذوف ما كنت مشركا ولا رقيقا نظرنا فإن ثبت أنه كان مشركا أو رقيقا فهى كالتى قبلها ، وان ثبت أنه لم يكن رقيقا كذلك وجب الحد على القاذف ، وإن لم يثبت واحد منهما ففيه روايتان .

احداهما : يجب الحد لأن الأصل عدم الشرك والرق ، ولأن الأصل الحرية

وإسلام أهل دار الإسلام . والثانية . القول قول القاذف ، لأن الأصل براءة ذمة القاذف ، وإن قال : زنيت وأنت مشرك فقال المقذوف . أردت قذفي بالزنا والشرك معا وقال القاذف : بل أردت قذفك بالزنا اذ كنت مشركا فالقول قول القاذف ، اختاره أبو الخطاب وهو قول بعض الشافعية لان الخلاف في بينته وهو أعلم بها . وقوله . وأنت مشرك مبتدأ وخبر وهو حال لقوله : زنيت كقول الله تعالى (الا استمعوه وهم يلعبون)

وقال القاضي : يجب الحد وهو قول بعض الشافعية ، لأن قوله زنيت خطاب في الحال ، فالظاهر أنه أراد زناه في الحال .

وهكذا إن قال : زنيت وأنت عبد ، وان قذف مجهولا وادعى أنه رقيق أو مشرك فقال المقذوف : بل أنا حر مسلم فالقول قوله ، وقال أبو بكر : القول قول القاذف في الرق لأن الأصل براءة ذمته من الحد وهو يدرأ بالشبهات ، وما ادعاه محتمل فيكون شبهة وعن الشافعي كالوجهين .

ولنا أن الأصل الحرية وهو الظاهر فلم يلتفت الى ما خالفه كما لو فسر صريح القذف بما يحيله وكما لو ادعى أنه مشرك ، فإن قيل الإسلام يثبت بقوله أنا مسلم بخلاف الحرية قلنا : انما يثبت الاسلام بقوله في المستقبل ، وأما الماضي فلا يثبت بما جاء بعده فلا يثبت كونه مسلما حال القذف بقوله في حال النزاع فاستويا .

« مسألة » قال (ويحد من قذف الملاعنة)

نص أحمد على هذا ، وهو قول ابن عمر وابن عباس والحسن والشعبي وطاوس ومجاهد ومالك والشافعي وجمهور الفقهاء ولا نعلم فيه خلافا ، وقد روى ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الملاعنة أن لا ترمى ولا يرمى ولدها فعليه الحد » رواه ابو داود ، ولأن حصانتها لم تسقط باللعان ولا يثبت الزنا به ولذلك لم يلزمها به حد ، ومن قذف ابن الملاعنة فقال : هو ولد زنا فعليه الحد للخبر والمعنى وكذلك ان قال هو من الذي رميت به ، فأما ان قال ليس هو ابن فلان يعني الملاعن وأراد أنه منفي عنه شرعا فلا حد عليه لانه صادق .

(فصل) فأما ان ثبت زناه ببينة أو اقرار أو حد بالزنا فلا حد على قاذفه لانه

صادق ولأن إحصان المقذوف قد زال بالزنا : ولو قال لمن زنى فى شركه أو لمن كان مجوسياً تزوج بذات محرمه بعد أن أسلم يا زانى فلا حد عليه اذا فسره بذلك وقال مالك : عليه الحد لأنه قذف مسلما لم يثبت زناه فى اسلامه .

ولنا أنه قذف من ثبت زناه أشبه ما لو ثبت زناه فى الإسلام ولأنه صادق والذى يقتضيه كلام الخرقى وجوب الحد عليه لقوله ومن قذف من كان مشركا وقال أردت أنه زنى وهو مشرك لم يلتفت الى قوله وحد .

« مسألة » قال (واذا قذفت المرأة لم يكن لولدها المطالبة اذا كانت الأم فى الحياة)

وان قذفت أمه وهى ميتة مسلمة كانت أو كافرة حرة أو أمة حد القاذف اذا طالب الابن وكان حراً مسلما ، أما اذا قذفت وهى فى الحياة فليس لولدها المطالبة لأن الحق لها فلا يطالب به غيرها ولا يقوم غيرها مقامها سواء كانت محجوراً عليها أو غير محجور عليها لانه حق يثبت للتشفى فلا يقوم فيه غير المستحق مقامه كالقصاص وتعتبر حصانتها لأن الحق لها فتعتبر حصانتها كما لو لم يكن لها ولد ، وأما ان قذفت وهى ميتة فان لولدها المطالبة لانه قدح فى نسبه ولانه بقذف أمه ينسبه الى أنه من زنا ولا يستحق ذلك بطريق الارث ولذلك تعتبر الحصانة فيه ولا تعتبر الحصانة فى أمه لان القذف له .

وقال أبو بكر : لا يجب الحد بقذف ميتة بحال ، وهو قول أصحاب الرأى لانه قذف لمن لا تصح منه المطالبة فأشبه قذف المجنون ، وقال الشافعى ان كان الميت محصنا فلوليه المطالبة وينقسم بانقسام الميراث وان لم يكن محصنا فلا حد على قاذفه لأنه ليس بمحصن فلا يجب الحد بقذفه كما لو كان حيا ، وأكثر أهل العلم لايرون الحد على من يقذف محصنا حيا ولاميتا لانه اذا لم يحد بقذف غير المحصن اذا كان حيا فلأن لا يحد بقذفه بعد موته أولى .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم فى الملاعنة « ومن رمى ولدها فعليه الحد » يعنى من رماه بأنه ولد زنا واذا وجب بقذف ابن الملاعنة بذلك فبقذف غيره أولى ولان أصحاب الرأى أوجبوا الحد على من نفى رجلا عن أبيه اذا كان أبواه

حرين مسلمين أو كانا ميتين ، والحد انما وجب للولد لان الحد لا يورث عندهم ، فأما ان قذفت أمه بعد موتها وهو مشرك أو عبد فلا حد عليه فى ظاهر كلام الخرقى سواء كانت الام حرة مسلمة أو لم تكن ، وقال أبو ثور وأصحاب الرأى اذا قال لكافر أو عبد لست لأبيك وأبواه حران مسلمان فعليه الحد ، وان قال لعبد أمه حرة وأبوه عبد لست لابيك فعليه الحد وان كان العبد للقاذف عند أبى ثور .

وقال أصحاب الرأى يصح [1] أن يحد المولى لعبده ، واحتجوا بأن هذا قذف لأمه فيعتبر احصانها دون احصانه لأنها لو كانت حية كان القذف لها فكذلك اذا كانت ميتة ولأن معنى هذا أن امك زنت فأتت بك من الزنا فإذا كان من الزنا منسوبا اليها كانت هى المقذوفة دون ولدها .

ولنا ما ذكرناه ولأنه لو كان القذف لها لم يجب الحد لأن الكافر لا يرث المسلم والعبد لا يرث الحر ولأنهم لا يوجبون الحد بقذف ميتة بحال فيثبت ان القذف له فيعتبر احصانه دون احصانها والله اعلم .

(فصل) وان قذفت جدته فقياس قول الخرقى انه كقذف امه ان كانت حية فالحق لها ويعتبر احصانها وليس لغيرها المطالبة عنها وان كانت ميتة فله المطالبه اذا كان محصنا لان ذلك قدح فى نسبه .

فأما ان قذف اباه او جده او احداً من اقاربه غير امهاته بعد موته لم يجب الحد بقذفه فى ظاهر كلام الخرقى لأنه انما اوجب بقذف امه حقا له لنفى نسبه لا حقا للميت ولهذا لم يعتبر احصان المقذوفه ، واعتبر احصان الولد ، ومتى كان المقذوف من غير امهاته لم يتضمن نفى نسبه فلم يجب الحد . وهذا قول ابى بكر واصحاب الرأى ، وقال الشافعى : ان كان الميت محصنا فلوليه المطالبة به وينقسم انقسام الميراث لانه قذف محصنا فيجب الحد على قاذفه كالحى .

ولنا انه قذف من لا يتصور منه المطالبة فلم يجب الحد بقذفه كالمجنون او نقول قذف من لا يجب الحد له فلم يجب كقذف غير المحصن وفارق قذف الحى فإن الحد يجب له .

---

(١) فى نسخة يستقبح .

«مسألة» قال (ومن قذف أم النبي (ص) قتل مسلماً كان أو كافراً)

يعني أن حده القتل ولا تقبل توبته نص عليه أحمد، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى ان توبته تقبل، وبه قال أبو حنيفة والشافعي مسلما كان أو كافراً لان هذا منه ردة والمرتد يستتاب وتصح توبته

ولنا أن هذا حد قذف فلا يسقط بالتوبة كقذف غير أم النبي صلى الله عليه وسلم ولأنه لو قبلت توبته وسقط حده لكان أخف حكما من قذف آحاد الناس لان قذف غيره لا يسقط بالتوبة ولا بد من إقامته

واختلفت الرواية عن أحمد فيما اذا كان القاذف كافراً فأسلم فروى أنه لا يسقط باسلامه لأنه حد قذف فلم يسقط بالاسلام كقذف غيره، وروى أنه يسقط لانه لو سب الله تعالى في كفره ثم أسلم سقط عنه القتل فسب نبيه أولى، ولان الاسلام يجب ماقبله، والخلاف في سقوط القتل عنه فأما توبته فيما بينه وبين الله تعالى فمقبولة فان الله تعالى يقبل التوبة من الذنوب كلها، والحكم في قذف النبي صلى الله عليه وسلم كالحكم في قذف أمه لان قذف أمه إنما أوجب القتل لكونه قذفا للنبي صلى الله عليه وسلم وقدحا في نسبه

(فصل) وقذف النبي صلى الله عليه وسلم وقذف أمه ردة عن الاسلام وخروج عن الملة، وكذلك سبه بغير القذف الا أن سبه بغير القذف يسقط بالاسلام لان سب الله تعالى يسقط بالاسلام فسب النبي صلى الله عليه وسلم أولى، وقد جاء في الأثر «ان الله تعالى يقول. شتمني ابن آدم وما ينبغي له أن يشتمني أما شتمه إياي فقوله : اني اتخذت ولداً وأنا الاحد الصمد لم ألد ولم أولد» ولا خلاف في أن إسلام النصراني القائل لهذا القول يمحو ذنبه

(مسألة) قال (واذا قذف الجماعة بكلمة واحدة فحد واحد اذا طالبوا أو واحد منهم).

وبهذا قال طاوس والشعبي والزهري والنخعي وقتادة وحماد ومالك والثوري وأبو حنيفة وصاحباه وابن أبي ليلى واسحاق، وقال الحسن وأبو ثور وابن المنذر لكل واحد حد كامل.

وعن أحمد مثل ذلك وللشافعي قولان كالروايتين ، ووجه هذا أنه قذف كل واحد منهم فلزمه له حد كامل كما لو قذفهم بكلمات .

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) ولم يفرق بين قذف واحد أو جماعة ، ولأن الذين شهدوا على المغيرة قذفوا إمرأة فلم يحدهم عمر إلا حداً واحداً ولأنه قذف واحد فلم يجب إلا حد واحد كما لو قذف واحداً ولأن الحد إنما وجب بادخال المعرة على المقذوف بقذفه وبحد واحد يظهر كذب هذا القاذف وتزول المعرة فوجب أن يكتفى به بخلاف ما إذا قذف كل واحد قذفا مفرداً فإن كذبه في قذف لا يلزم منه كذبه في آخر ولا تزول المعرة عن أحد المقذوفين بحده للآخر .

فإذا ثبت هذا فإنهم إن طلبوه جملة حد لهم وان طلبه واحد أقيم الحد لأن الحق ثابت لهم على سبيل البدل فأيهم طالب به استوفى وسقط فلم يكن لغيره الطلب به كحق المرأة على أوليائها تزويجها إذا قام به واحد سقط عن الباقين وان أسقطه أحدهم فلغيره المطالبة به واستيفاؤه لأن المعرة عنه لم تزل بعفو صاحبه وليس للعافي الطلب به لأنه قد أسقط حقه منه .

وروى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى أنهم إن طلبوه دفعة واحدة فحد واحد وكذلك إن طلبوه واحداً بعد واحد إلا أنه إن لم يقم حتى طلبه الكل فحد واحد وإن طلبه واحد فأقيم له ثم طلبه آخر أقيم له ، وكذلك جميعهم وهذا قول عروة لأنهم إذا اجتمعوا على طلبه وقع استيفاؤه بجميعهم ، واذا طلبه واحد منفرداً كان استيفاؤه له وحده فلم يسقط حق الباقين بغير استيفائهم ولا اسقاطهم .

فصل

وان قذف الجماعة بكلمات فلكل واحد حد ، وبهذا قال عطاء والشعبي وقتادة وابن أبي ليلى وأبو حنيفة والشافعي ، وقال حماد ومالك لا يجب الا حد واحد لأنها جناية توجب حدا فإذا تكررت كفى حد واحد كما لو سرق من جماعة أو زنى بنساء أو شرب أنواعا من المسكر .

ولنا أنها حقوق لآدميين فلم تتداخل كالديون والقصاص وفارق ما قاسوا عليه فإنه حق لله تعالى .

(فصل) واذا قال لرجل يا ابن الزانيين فهو قاذف لها بكلمة واحدة فإن كانا ميتين ثبت الحق لولدهما ولم يجب الا حد واحد وجها واحدا ، وان قال يا زانى ابن الزانى فهو قذف لهما بكلمتين ، فإن كان أبوه حياً فلكل واحد منهما حد ، وان كان ميتا فالظاهر فى المذهب أنه لا يجب الحد بقذفه ، وان قال يا زانى ابن الزانية وكانت أمه فى الحياة فلكل واحد حد ، وان كانت ميتة فالقذفان جميعا له ؛ وان قال زنيت بفلانة فهو قذف لها بكلمة واحدة ، وكذلك اذا قال يا ناكح أمه ويخرج فيه الروايات الثلاث والله أعلم .

(فصـــل)

وان قذف رجلا مرات فلم يحد لحد واحد رواية واحدة سواء قذفه بزنا واحد أو بزنيات ، وان قذفه لحد ثم أعاد قذفه نظرت ، فإن قذفه بذلك الزنا الذى حد من أجله لم يعد عليه الحد فى قول عامة أهل العلم .

وحكى عن ابن القاسم أنه أوجب حدا ثانيا ، وهذا يخالف اجماع الصحابة فإن أبا بكر لما حد بقذف المغـــيرة أعاد قذفه فلم يروا عليه حدا ثانيا فروى الأثرم بإسناده عن ظبيان بن عمارة [1] قال شهد على المغيرة بن شعبة ثلاثة نفر أنه زان فبلغ ذلك عمر فكبر عليه وقال شاط ثلاثة أرباع المغيرة بن شعبة وجاء زياد فقال ماعندك ؟ فلم يثبت فأمر بهم لجلدوا وقال شهود زور فقال أبو بكرة أليس ترضى ان أتاك رجل عدل يشهد برجمه ؟ قال . نعم والذى نفسى بيده فقال أبو بكرة وأنا أشهد أنه زان فأراد أن يعيد عليه الجلد فقال على يا امير المؤمنين انك ان اعدت عليه الجلد أوجبت عليه الرجم .

وفى حديث آخر فلا يعاد فى فرية جلد مرتين . قال الأثرم : قلت لأبى عبدالله قول على ان جلدته فارجم صاحبك قال كأنه جعل شهادته شهادة رجلين .

قال ابو عبد الله وكنت انا افسره على هذا حتى رأيته فى الحـــديث فأعجبنى ثم قال يقول اذا جلدته ثانية فكأنك جعلته شاهدا آخر ، فأما ان حد له ثم قذفه بزنا ثان نظرت ، فإن قذفه بعد طول الفصل لحد ثان لأنه لا يسقط حرمة

---

(١) ظبيان بن عمارة روى عن على ، وروى عنه سويد بن نجيح ابو قطبة .

المقذوف بالنسبة الى القاذف أبداً بحيث يمكن من قذفه بكل حال ، وإن قذفه عقيب حده ففيه روايتان .

إحداهما : يحد أيضا لأنه قذف لم يظهر كذبه فيه بحد فيلزم فيه حد كما لو طال الفصل ولأن سائر أسباب الحد إذا تكررت بعد أن حد للأول ثبت للثانى حكمه كالزنا والسرقة وغيرهما من الأسباب ، والثانية : لا يحد لأنه قد حد له مرة فلم يحد له بالقذف عقبه كما لو قذفها بالزنا الأول .

(فصل) وإذا قال من رماني فهو ابن الزانية فرماه رجل فلا حد عليه فى قول أحد من أهل العلم ، وكذلك إن اختلف رجلان فى شيء فقال أحدهما الكاذب هو ابن الزانية فلا حد عليه نص عليه أحمد لأنه لم يعين أحداً بالقذف ، وكذلك ما أشبه هذا ولو قذف جماعة لا يتصور صدقه فى قذفهم مثل أن يقذف أهل بلدة كثيرة بالزنا كلهم لم يكن عليه حد ، لأنه لم يلحق العار بأحد غير نفسه للعلم بكذبه .

(فصل) وان ادعى على رجل أنه قذفه فأنكر لم يستحلف ، وبه قال الشعبي وحماد والثوري وأصحاب الرأي .

وعن أحمد رحمه الله : أنه يستحلف حكاها ابن المنذر ، وهو قول الزهري ومالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولأنه حق لآدمي فيستحلف فيه كالدين . ووجه الأولى أنه حد فلا يستحلف فيه كالزنا والسرقة فإن نكل عن اليمين لم يقم عليه الحد لان الحد يدرأ بالشبهات فلا يقضى فيه بالنكول كسائر الحدود .

« مسألة » قال (ومن قتل أو أتى حداً خارج الحرم ثم لجأ إلى الحرم لم يبايع ولم يشار حتى يخرج من الحرم فيقام عليه الحد)

وجملته : أن من جنى جناية توجب قتلا خارج الحرم ثم لجأ اليه لم يستوف منه فيه ، وهذا قول ابن عباس وعطاء وعبيد بن عمير والزهري ومجاهد وإسحاق والشعبي وأبي حنيفة وأصحابه ، وأما غير القتل من الحدود كلها والقصاص فيما دون النفس فعن أحمد فيه روايتان .

إحداهما . لا يستوفى من الملتجىء الى الحرم فيه

والثانيه : يستوفى وهو مذهب أبي حنيفة لان المروى عن النبي صلى الله عليه وسلم النهى عن القتل بقوله عليه السلام «فلا يسفك فيها دم» وحرمة النفس أعظم فلا يقاس غيرها عليها ولان الحد بالجلد جرى مجرى التأديب فلم يمنع منه كتأديب السيد عبده والاولى ظاهر كلام الخرقى وهى ظاهر المذهب

قال أبو بكر : هذه مسألة وجدتها مفردة لحنبل عن عمه أن الحدود كلها تقام فى الحرم الا القتل : والعمل على أن كل جان دخل الحرم لم يقم عليه حد جنايته حتى يخرج منه وان هتك حرمة الحرم بالجناية فيه هتكت حرمته باقامة الحد عليه فيه

وقال مالك والشافعى وابن المندر يستوفى منه فيه لعموم الامر بجلد الزانى وقطع السارق واستيفاء القصاص من غير تخصيص بمكان دون مكان ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الحرم لا يعيذ عاصياً ولا فاراً بجزية ولا دم » وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتل ابن حنظل وهو متعلق بأستار الكعبة، حديث حسن صحيح ولانه حيوان أبيح دمه لعصيانه فأشبه الكلب العقور .

ولنا قول الله تعالى : (ومن دخله كان آمنا يعنى الحرم بدليل قوله ؛ فيه آيات بينات مقام ابراهيم) والخبر أريد به الامر لأنه لو أريد به الخبر لافضى الى وقوع الخبر خلاف المخبر

وقال النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله حرم مكة ولم يحرمها الناس فلا يحل لامرىء مسلم يؤمن بالله واليوم الاخر أن يسفك فيها دما ولا يعضد بها شجرة فإن أحد ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا ان الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم وانما أذن لى ساعة من نهار وقد عادت حرمتها اليوم كحرمتها بالامس فليبلغ الشاهد الغائب »

وقال النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله حرم مكة يوم خلق السموات والارض وانما أحلت لى ساعة من نهار . ثم عادت الى حرمتها فلا يسفك فيها دم » متفق عليهما فالحجة فيه من وجهين

أحدهما : أنه حرم سفك الدم بها على الاطلاق وتخصيص مكة بهذا يدل على

أنه أراد العموم ، فإنه لو أراد سفك الدم الحرام لم يختص به مكة فلا يكون التخصيص مفيداً .

والثاني : قوله « إنما حلت لى ساعة من نهار ثم عادت حرمتها » ومعلوم أنه إنما أحل له سفك دم حلال فى غير الحرم فحرمها الحرم ثم أحلت له ساعة ثم عادت الحرمة ، ثم أكد هذا بمنعه قياس غيره عليه والاقتداء به فيه بقوله « فإن أحد ترخص لقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا إن الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم » وهذا يدفع ما احتجوا به من قتل ابن خطل فإنه من رخصة رسول الله صلى الله عليه وسلم التى منع الناس أن يقتدوا به فيها وبين أنها له على الخصوص وما رووه من الحديث فهو من كلام عمرو بن سعيد الأشدق يرد به قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حين روى له أبو شريح هذا الحديث .

وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق أن يتبع ، وأما جلد الزانى وقطع السارق والامر بالقصاص فإنما هو مطلق فى الأمكنة والازمنة فإنه يتناول مكاناً غير معين ضرورة أنه لا بد من مكان فيمكن اقامته فى مكان غير الحرم ثم لو كان عموما فإن ما رويناه خاص يخص به مع أنه قد خص مما ذكروه الحامل والمريض المرجو برؤه ، فتأخر الحد عنه وتأخر قتل الحامل لجاز أن يخص أيضا بما ذكرناه والقياس على الكلب العقور غير صحيح ، فإن ذلك طبعه الأذى فلم يحرمه الحرم ليدفع أذاه عن أهله ، فأما الاذى فالاصل فيه الحرمة وحرمته عظيمة : وانما أبيح لعارض فأشبه الصائل من الحيوانات المباحة من المأكولات فإن الحرم يعصمها .

اذا ثبت هذا فإنه لا يبايع ولا يشارى ولا يطعم ولا يؤوى ، ويقال له اتق الله واخرج الى الحل ليستوفى منك الحق الذى قبلك ، فإذا خرج استوفى حق الله منه ، وهو قول جميع من ذكرناه : وانما كان كذلك لانه لو أطعم وأوى لتمكن من الإقامة دائما فيضيع الحق الذى عليه واذا منع من ذلك كان وسيلة الى خروجه فيقام فيه حق الله تعالى وليس علينا اطعامه كما أن الصيد لا يصاد فى الحرم وليس علينا القيام به . قال ابن عباس رحمه الله : من أصاب حداً ثم لجأ الى الحرم : فانه لا يجالس ولا يبايع ولا يؤوى ويأتيه من يطلبه فيقول اى فلان اتق الله فاذا خرج من الحرم أقيم عليه الحد ، رواه الأثرم .

فإن قتل من له عليه القصاص فى الحرم وأقام حداً بجلد أو قتل أو قطع طرف أساء ولا شيء عليه لأنه استوفى حقه فى حال لم يكن له استيفاؤه فيه ، فاشبه ما لو اقتص فى شدة الحر أو برد مفرد

« مسألة » قال (ومن قتل أو أتى حداً فى الحرم أقيم عليه فى الحرم)

وجملته أن من انتهك حرمة الحرم بجناية فيه توجب حداً أو قصاصا ، فإنه يقام عليه حدها لا نعلم فيه خلافا . وقد روى الأثرم بإسناده عن ابن عباس أنه قال : من أحدث حدثا فى الحرم أقيم عليه ما أحدث فيه من شيء . وقد أمر الله تعالى بقتال من قاتل فى الحرم فقال تعالى (ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فإن قاتلوكم فاقتلوهم) فأباح قتلهم عند قتالهم فى الحرم ، ولأن أهل الحرم يحتاجون الى الزجر عن ارتكاب المعاصى كغيرهم ، حفظا لأنفسهم وأموالهم وأعراضهم ، فلو لم يشرع الحد فى حق من ارتكب الحد فى الحرم لتعطلت حدود الله تعالى فى حقهم وفاتت هذه المصالح التى لا بد منها ولا يجوز الإخلال بها ، ولأن الجانى فى الحرم هاتك لحرمته فلا ينتهض الحرم لتحريم ذمته وصيانته بمنزلة الجانى فى دار الملك لا يعصم لحرمة الملك ، بخلاف الملتجيء اليها بجناية صدرت منه فى غيرها .

(فصل) فأما حرم مدينة النبى صلى الله عليه وسلم فلا يمنع اقامة حد ولا قصاص ، لأن النص انما ورد فى حرم الله تعالى ، وحرم المدينة دونه فى الحرمه فلا يصح قياسه عليه ، وكذلك سائر البقاع لا تمنع من استيفاء حق ولا اقامة حد لأن أمر الله تعالى باستيفاء الحقوق واقامة الحد مطلق فى الأمكنة والأزمنة خرج منها الحرم لمعنى لا يكون فى غيره ، لانه محل الانساك وقبلة المسلمين ، وفيه بيت الله المحجوج وأول بيت وضع للناس ومقام ابراهيم وآيات بينات فلا يلتحق به سواه ولا يقاس عليه ما ليس فى معناه والله أعلم .

باب القطع فى السرقة

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع : أما الكتاب : فقول الله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) وأما السنة : فروت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « تقطع اليد فى ربع دينار فصاعداً » .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « إنما هلك من كان قبلكم بأنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف قطعوه » متفق عليهما فى أخبار سوى هذين نذكرها إن شاء الله تعالى فى مواضعها ، وأجمع المسلمون على وجوب قطع السارق فى الجملة .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا سرق ربع دينار من العين أو ثلاثة دراهم من الورق أو قيمة ثلاثة دراهم طعاما كان أوغيره وأخرجه من الحرز قطع)

وجملته : أن القطع لا يجب إلا بشروط سبعة .

أحدها السرقة . ومعنى السرقة أخذ المال على وجه الخفية والاستتار ، ومنه استراق السمع ومسارقة النظر إذا كان يستخفى بذلك ، فإن اختطف أو اختلس لم يكن سارقا ولا قطع عليه عند أحد علمناه غير إياس بن معاوية قال : أقطع المختلس لأنه يستخفى بأخذه فيكون سارقا ، وأهل الفقه والفتوى من علماء الأمصار على خلافه . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ليس على الخائن ولا المختلس قطع » .

وعن جابر قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليس على المنتهب قطع » رواهما أبو داود . وقال لم يسمعهما ابن جريج من أبي الزبير ، ولأن الواجب قطع السارق ، وهذا غير سارق ولأن الاختلاس نوع من الخطف والنهب وإنما يستخفى فى ابتداء اختلاسه بخلاف السارق .

واختلفت الرواية . عن أحمد فى جاحد العارية فعنه عليه القطع ، وهو قول إسحاق لما روى عن عائشة أن إمرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فأمر النبي (ص)

بقطع يدها فأتى أهلها أسامة فكلموه فكلم النبي (ص) فقال النبي صلى الله عليه وسلم ألا أراك تكلمني في حد من حدود الله تعالى ؟ ثم قام النبي (ص) خطيبا فقال : إنما هلك من كان قبلكم بأنه اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه ، والذي نفسي بيـــده لو كانت فاطمة بنت محمد صلى الله عليه وسلم لقطعت يدها قالت فقطع يدها .

قال أحمد لا أعرف شيئا يدفعه : متفق عليه ، وعنه لا قطع عليه وهو قول الخرقي وأبي اسحاق بن شاقلا وأبي الخطاب وسائر الفقهاء وهو الصحيح ان شاء الله تعالى لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا قطع على الخائن » ولأن الواجب قطع السارق ، والجاحد غير سارق وانما هو خائن فأشبه جاحد الوديعة ، والمرأة التي كانت تستعير المتاع انما قطعت لسرقتها لا بجحدها ألا ترى قوله « اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه — وقوله — والذي نفسي بيده لو كانت فاطمة بنت محمد لقطعت يدها » .

وفي بعض ألفاظ رواية هذه القصة عن عائشة « أن قريشا أهمهم شأن المخزومية التي سرقت وذكرت القصة » رواه البخاري .

وفي حديث أنها سرقت قطيفة فروى الأثرم بإسناده عن مسعود بن الأسود قال : لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعظمنا ذلك وكانت امرأة من قريش فجئنا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا نحن نفديها بأربعين أوقية قال « تطهر خير لها » فلما سمعنا لين قول رسول الله (ص) أتينا أسامة فقلنا كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث نحو سياق عائشة ، وهذا ظاهر في أن القصة واحدة وأنها سرقت فقطعت بسرقتها وانما عرفتها عائشة بجحدها للعارية لكونها مشهورة بذلك ، ولا يلزم أن يكون ذلك سبباً كما لو عرفتها بصفة من صفاتها ، وفيما ذكرنا جمع بين الأحاديث وموافقة لظاهر الأحاديث والقياس وفقهاء الأمصار فيكون أولى ، فأما جاحد الوديعة وغيرها من الأمانات فلا نعلم أحداً يقول بوجوب القطع عليه .

الشرط الثاني : أن يكون المسروق نصابا ولا قطع في القليل في قول الفقهاء

كلهم إلا الحسن وداود وابن بنت الشافعي ، والخوارج قالوا يقطع فى القليل والكثير لعموم الآية ولما روى أبو هريرة رضى الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «لعن الله السارق ، يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده» متفق عليه ولأنه سارق من حرز فتقطع يده كسارق الكثير

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم «لا قطع إلا فى ربع دينار فصاعدا» متفق عليه ، وإجماع الصحابة على ما سنذكره وهذا يخص عموم الاية ، والحبل يحتمل أن يساوى ذلك ، وكذلك البيضه يحتمل أن يراد بها بيضة السلاح وهى تساوى ذلك .

واختلفت الرواية عن أحمد فى قدر النصاب الذى يجب القطع بسرقته فروى عنه أبو إسحاق الجوزجانى أنه ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق او ما قيمته ثلاثة دراهم من غيرهما وهذا قول مالك وإسحاق

وروى عنه الاثرم . أنه ان سرق من غير الذهب والفضه ما قيمته ربع دينار او ثلاثة دراهم قطع فعلى هذا يقوّم غير الاثمان بأدنى الامرين من ربع دينار او ثلاثة دراهم . وعنه أن الأصل الورق ويقوم الذهب به فإن نقص ربع دينار عن ثلاثة دراهم لم يقطع سارقه وهذا يحكى عن الليث وأبى ثور

وقالت عائشة «لا قطع الا فى ربع دينار فصاعداً» وروى هذا عن عمر وعثمان وعلى رضى الله عنهم وبه قال الفقهاء السبعة وعمر بن عبدالعزيز والاوزاعى والشافعى وابن المنذر لحديث عائشة رضى الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «لا قطع الا فى ربع دينار فصاعداً»

وقال عثمان البتى تقطع اليد فى درهم فما فوقه وعن أبى هريرة وأبى سعيد ان اليد تقطع فى اربعة دراهم فصاعداً

وعن عمر ان الخمس لاتقطع الا فى الخمس، وبه قال سليمان بن يسار وابن أبى ليلى وابن شبرمه وروى ذلك عن الحسن

وقال أنس قطع ابو بكر فى مجن قيمته خمسة دراهم رواه الجوزجانى بإسناده وقال عطاء وأبو حنيفة وأصحابه : لا تقطع اليد الا فى دينار أو عشرة دراهم

لما روى الحجاج [1] بن أرطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا قطع إلا في عشرة دراهم » وروى ابن عباس قال « قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم يد رجل في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم وعن النخعي لا تقطع اليد إلا في أربعين درهما » .

ولنا ما روى ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع في مجن ثمنه ثلاثة دراهم » متفق عليه ، قال ابن عبد البر هذا أصح حديث يروى في هذا الباب لا يختلف أهل العلم في ذلك .

وحديث أبي حنيفة الأول يرويه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف والذي يرويه عن الحجاج ضعيف أيضاً والحديث الثاني لا دلالة فيه على أنه لا يقطع بما دونه فإن من أوجب القطع بثلاثة دراهم أوجبه بعشرة ، ويدل هذا الحديث على أن العرض يقوم بالدراهم لأن المجن قوم بها ولأن ما كان الذهب فيه أصلا كان الورق فيه أصلا كنصب الزكاة والديات وقيم المتلفات .

وقد روى أنس أن سارقا سرق مجنا مايسرني أنه لي بثلاثة دراهم أو مايساوي ثلاثة دراهم فقطعه أبو بكر ، وأتى عثمان برجل قد سرق أترجة فأمر بها عثمان فأقيمت فبلغت قيمتها ربع دينار فأمر به عثمان فقطع .

(فصل) وإذا سرق ربع دينار من المضروب الخالص ففيه القطع ، وان كان فيه غش أو تبر يحتاج الى تصفية لم يجب القطع حتى يبلغ ما فيه من الذهب ربع دينار لأن السبك ينقصه ، وان سرق ربع دينار قراضه أو تبراً خالصا أو حليا ففيه القطع نص عليه أحمد في رواية الجوزجاني قال : قلت له كيف يسرق ربع دينار؟ فقال قطعة ذهب أو خاتما أوحلياً ، وهذا قول أكثر أصحاب الشافعي ،

---

(١) قال يحيى بن معين : الحجاج بن أرطاة كوفي ليس بالقوى دلس عن محمد ابن عبد الله العزرمي عن عمرو بن شعيب فلا يحتج بحديثه ، قال أحمد : كان الحجاج من الحفاظ فقيل له : فلم هو ليس عند الناس بذلك ؟ قال : لأن في حديثه زيادة على حديث الناس ليس يكاد له حديث إلا فيه زيادة ، وقال يحيى بن سعيد هو مضطرب الحديث .

وذكر القاضي في وجوب القطع احتمالين، أحدهما : لا قطع عليه ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن الدينار إسم المضروب .

ولنا أن ذلك ربع دينار لأنه يقال دينار قراضة ومكسر أو دينار خالص ولأنه لا يمكنه سرقة ربع دينار مفرد في الغالب إلا مكسوراً ، وقد أوجب عليه القطع بذلك ولأنه حق لله تعالى تعلق بالمضروب فتعلق بما ليس بمضروب كالزكاة . والخلاف فيما إذا سرق من المكسور والتبر مالا يساوى ربع دينار صحيح ، فإن بلغ ذلك ففيه القطع والدينار هو المثقال من مثاقيل الناس اليوم وهو الذي كل سبعة منها عشرة دراهم وهو الذي كان على عهد رسول الله (ص) وقبله ولم يتغير ، وإنما كانت الدراهم مختلفة فجمعت وجعلت كل عشرة منها سبعة مثاقيل فهي التي يتعلق القطع بثلاثة منها إذا كانت خالصة مضروبة كانت أو غير مضروبة على ما ذكرناه في الذهب .

وعند أبي حنيفة أن النصاب إنما يتعلق بالمضروب منها ، وقد ذكر ما دل عليه ويحتمل ما قاله في الدراهم لأن إطلاقها يتناول الصحاح المضروبة بخلاف ربع الدينار على أننا قد ذكرنا فيها احتمالا متقدما فههنا أولى ، وما قوم من غيرهما بهما فلا قطع فيه حتى يبلغ ثلاثة دراهم صحاحاً لأن اطلاقها ينصرف الى المضروب دون المكسر .

الشرط الثالث : أن يكون المسروق مالا فإن سرق ماليس بمال كالحر فلا قطع فيه صغيراً كان أو كبيراً ، وبهذا قال الشافعي والثوري وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر ، وقال الحسن والشعبي ومالك واسحاق يقطع بسرقة الحر الصغير لأنه غير مميز أشبه العبد ، وذكره أبو الخطاب رواية عن أحمد

ولنا أنه ليس بمال فلا يقطع بسرقته كالكبير النائم .

اذا ثبت هذا . فإنه ان كان عليه حلي أو ثياب تبلغ نصابا لم يقطع ، وبه قال أبو حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي ، وذكر أبو الخطاب وجها آخر أنه يقطع ، وبه قال أبو يوسف وابن المنذر لظاهر الكتاب ، ولأنه سرق نصابا من الحلي فوجب فيه القطع كما لو سرقه منفرداً .

ولنا أنه تابع لما لا قطع في سرقته أشبه ثياب الكبير ، ولأن يد الصبي على

ما عليه بدليل أن ما يوجد مع اللقيط يكون له ، وهكذا لو كان الكبير نائما على متاع فسرقه ومتاعه لم يقطع لان يده عليه .

(فصل) وإن سرق عبداً صغيراً فعليه القطع فى قول عامة أهل العلم : قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، منهم الحسن ومالك والثورى والشافعى وإسحاق وابو ثور وأبو حنيفة ومحمد . والصغير الذى يقطع بسرقته هو الذى لا يميز ، فإن كان كبيراً لم يقطع سارقه إلا أن يكون نائما أو مجنونا أو أعجميا لا يميز بين سيده وبين غيره فى الطاعة فيقطع سارقه .

وقال أبو يوسف : لا يقطع سارق العبد وإن كان صغيراً ، لأن من لا يقطع بسرقته كبيراً لا يقطع بسرقته صغيرا كالحر .

ولنا أنه سرق مالا مملوكا تبلغ قيمته نصابا فوجب القطع عليه كسائر الحيوانات ، وفارق الحر فإنه ليس بمال ولا مملوك ، وفارق الكبير لأن الكبير لا يسرق وإنما يخدع بشىء ، إلا ان يكون فى حال زوال عقله بنوم أو جنون فتصح سرقته ويقطع سارقه ، فإن كان المسروق فى حال نومه أو جنونه أم ولد ففى قطع سارقها وجهان .

أحدهما : لا يقطع لانها لا يحل بيعها ولا نقل الملك فيها فأشبهت الحرة

والثانى يقطع لانها مملوكة تضمن بالقيمة فأشبهت القن ، وحكم المدبر حكم القن لانه يجوز بيعه ويضمن بقيمته ، فأما المكاتب فلا يقطع سارقه لان ملك سيده ليس بتام عليه لكونه لا يملك منافعه ولا استخدامه ولا أخذ أرش الجناية عليه ولو جنى السيد عليه لزمه له الارش ، ولو استوفى منافعه كرها لزمه عوضها ، ولو حبسه لزمه أجرة مثله مدة حبسه أو إنظاره مقدار مدة حبسه ، ولا يجب القطع لاجل ملك المكاتب فى نفسه لان الانسان لا يملك نفسه فأشبه الحر ، وإن سرق من مال المكاتب شيئا فعليه القطع لأن ملك المكاتب ثابت فى مال نفسه إلا أن يكون السارق سيده فلا قطع عليه لان له فى ماله حقاً وشبهة تدرأ الحد ، ولذلك لو وطىء جاريته لم يحد .

(فصل) وان سرق ماءاً فلا قطع فيه ، قاله أبو بكر وأبو اسحاق بن شاقلا لانه مما لا يتمول عادة ، ولا أعلم فى هذا خلافا ، وان سرق كلأ أو ملحا فقال

أبو بكر لا قطع فيه لأنه مما ورد الشرع باشتراك الناس فيه فأشبه الماء . وقال أبو اسحاق بن شاقلا : فيه القطع لأنه يتمول عادة فأشبه التبن والشعير ، وأما الثلج فقال القاضي هو كالماء لأنه ماء جامد فأشبه الجليد ، والأشبه انه كالملح لأنه يتمول عادة فهو كالملح المنعقد من الماء . وأما التراب فإن كان مما تقل الرغبات فيه كالذي يعد للتطيين والبناء فلا قطع فيه لأنه لا يتمول ، وإن كان مما له قيمة كثيرة كالطين الارمني الذي يعد للدواء أو المعد للغسل به أو الصبغ كالمغرة احتمل وجهين .

أحدهما لا قطع فيه لانه من جنس مالا يتمول أشبه الماء

والثاني فيه القطع لانه يتمول عادة ويحمل الى البلدان للتجارة فيه فأشبه العود الهندي ، ولا يقطع بسرقة السرجين لانه ان كان نجسا فلا قيمة له ، وان كان طاهرا فلا يتمول عادة ولا تكثر الرغبات فيه فأشبه التراب الذي للبناء ، وما عمل من التراب كاللبن والفخار ففيه القطع لانه يتمول عادة .

﴿ فصل ﴾

وما عدا هذا من الاموال ففيه القطع ، سواء كان طعاما أو ثيابا أو حيوانا أو أحجارا أو قصبا أو صيدا أو نورة أو جصا أو زرنيخا أو توابل أو فخارا أو زجاجا أو غيره ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور . وقال أبو حنيفة : لا قطع على سارق الطعام الرطب الذي يتسارع اليه الفساد كالفواكه والطبائخ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا قطع في ثمر ولا كثر » رواه أبو داود ، ولان هذا معرض للهلاك أشبه ما لم يحرز . ولا قطع فيما كان أصله مباحا في دار الاسلام كالصيود والخشب إلا في الساج والابنوس والصندل والقنا والمعمول من الخشب فإنه يقطع به وما عدا هذا لا يقطع به لانه يوجد كثيرا مباحا في دار الاسلام فأشبه التراب

ولا قطع في القرون وان كانت معمولة . لأن الصنعة لا تكون غالبة عليها بل القيمة لها بخلاف معمول الخشب ، ولا قطع عنده في التوابل والنورة والجص والزرنيخ والملح والحجارة واللبن والفخار والزجاج . وقال الثوري : ما يفسد في يومه كالثريد واللحم لا قطع فيه .

ولنا عموم قوله تعالى « والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما » وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الثمر المعلق فذكر الحديث ثم قال « ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع » رواه ابو داود وغيره .

وروى أن عثمان رضي الله عنه « أتى برجل قد سرق أترجة ، فأمر بها عثمان فأقيمت فبلغت قيمتها ربع دينار ، فأمر به عثمان فقطع » رواه سعيد ، ولان هذا مال يتمول فى العادة ويرغب فيه فيقطع سارقه اذا اجتمعت الشروط كالمجفف ، ولان ماوجب القطع فى معموله وجب فيه قبل العمل كالذهب والفضة . وحديثهم أراد به الثمر المعلق بدليل حديثنا فإنه مفسر له ، وتشبيهه بغير المحرز لا يصح ، لان غير المحرز مضيع ، وهذا محفوظ ولهذا افترق سائر الاموال بالحرز وعدمه ، وقولهم يوجد مباحا فى دار الاسلام ينتقض بالذهب والفضة والحديد والنحاس وسائر المعادن ، والتراب قد سبق القول فيه .

(فصل) فإن سرق مصحفا فقال أبو بكر والقاضى لا قطع فيه ، وهو قول أبي حنيفة لان المقصود منه ما فيه من كلام الله ، وهو مما لا يجوز أخذ العوض عنه . واختار أبو الخطاب وجوب قطعه وقال هو ظاهر كلام أحمد فإنه سئل عمن سرق كتابا فيه علم لينظر فيه ، فقال : كل ما بلغت قيمته ثلاثة دراهم فيه القطع ، وهذا قول مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر لعموم الآية فى كل سارق ولانه متقوم تبلغ قيمته نصابا فوجب القطع بسرقته ، ككتب الفقه ، ولا خلاف بين أصحابنا فى وجوب القطع بسرقة كتب الفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية ، فإن كان المصحف محلى بحلية تبلغ نصابا ، خرج فيه وجهان عند من لم ير القطع بسرقة المصحف .

أحدهما لا يقطع ، وهذا قياس قول أبي اسحاق بن شاقلا ومذهب أبي حنيفة لان الحلى تابعة لما لا يقطع بسرقته أشبهت ثياب الحر .

والثانى يقطع ، وهو قول القاضى لأنه سرق نصابا من الحلى فوجب قطعه كما لو سرقه منفردا ، وأصل هذين الوجهين من سرق صبيا عليه حلى

فصـــل

وإن سرق عينا موقوفة وجب القطع عليه لأنها مملوكة للموقوف عليه ، ويحتمل أن لا يقطع بناء على الوجه الذى يقول إن الموقوف لا يملكه الموقوف عليه .

الشرط الرابع : أن يسرق من حرز ويخرجه منه ، وهذا قول أكثر أهل العلم وهذا مذهب عطاء والشعبي وأبي الأسود الدؤلي وعمر بن عبد العزيز والزهرى وعمرو بن دينار والثورى ومالك والشافعي وأصحاب الرأى ولا نعلم عن أحد من أهل العلم خلافهم الا قولا حكى عن عائشة والحسن والنخعي فيمن جمع المتاع ولم يخرج به من الحرز عليه القطع .

وعن الحسن مثل قول الجماعة ، وحكى عن داود أنه لايعتبر الحرز لأن الآية لا تفصيل فيها وهذه أقوال شاذة غير ثابتة عمن نقلت عنه .

قال ابن المنذر : وليس فيه خبر ثابت ولا مقال لأهل العلم الا ما ذكرناه فهو كالإجماع والإجماع حجة على من خالفه ، وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا من مزينة سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن الثمار فقال « ما أخذ فى غير اكمامه فاحتمل ففيه قيمته ومثله معه ، وما كان فى الخزائن ففيه القطع اذا بلغ ثمن المجن » رواه أبو داود وابن ماجه وغـــيرهما ، وهذا الخبر يخص الآية كما خصصناها فى اعتبار النصاب ، اذا ثبت اعتبار الحرز والحرز ماعد حرزاً فى العرف فانه لما ثبت اعتباره فى الشرع من غير تنصيص على بيانه علم أنه رد ذلك الى أهل العرف لأنه لا طريق الى معرفته الا من جهته فيرجع اليه كما رجعنا اليه فى معرفة القبض والفرقة فى البيع وأشباه ذلك .

اذا ثبت هذا : فإن مـــن حرز الذهب والفضة والجواهر الصناديق تحت الاغلاق والاقفال الوثيقة فى العمران ، وحرز الثياب وما خف من المتاع كالصفر والنحاس والرصاص فى الدكاكين والبيوت المقفلة فى العمران أن يكون فيها حافظ فيكون حرزاً وان كانت مفتوحة ، وان لم تكن مغلقة ولا فيها حافظ فليست بحرز ، وان كانت فيها خزائن مغلقة فالخزائن حرز لما فيها وما خرج عنها فليس بحرز .

وقد روى عن أحمد فى البيت الذى ليس عليه غلق يسرق منه أراه سارقا ، وهذا محمول على أن أهله فيه . فأما البيوت التى فى البساتين أو الطرق أو الصحراء فإن لم يكن فيها أحد فليست حرزاً سواء كانت مغلقة أو مفتوحة لأن من ترك متاعه فى مكان خال من الناس والعمران وانصرف عنه لا يعد حافظا له وان أغلق عليه ، وان كان فيها أهلها أو حافظ فهى حرز سواء كانت مغلقة أو مفتوحة وإذا كان لابسا الثوب أو متوسداً له نائما أو مستيقظا أو مفترشا له أو متكئا عليه فى أى موضع كان من البلد أو برية فهو محرز بدليل أن رداء صفوان سرق وهو متوسد له فقطع النبى صلى الله عليه وسلم سارقه ، وان تدحرج عن الثوب زال الحرز إن كان نائما ؛ وان كان الثوب بين يديه أو غيره من المتاع كبز البزازين وقماش الباعة وخبز الخبازين بحيث يشاهده وينظر اليه فهو محرز وان نام أو كان غائبا عن موضع مشاهدته فليس بمحرز ، وان جعل المتاع فى الغرائر وعلم عليها ومعها حافظ يشاهدها فهى محرزة وإلا فلا .

(فصل) والخيمة والخركاه إن نصبت وكان فيها احد نائما أو منتبها فهى محرزة وما فيها لأنها هكذا تحرز فى العادة وان لم يكن فيها أحد ولا عندها حافظ فلا قطع على سارقها ، وممن أوجب القطع فى السرقة من الفسطاط : الثورى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى الا أن أصحاب الرأى قالوا يقطع السارق من الفسطاط دون سارق الفسطاط .

ولنا أنه محرز بما جرت به العادة أشبه ما فيه .

(فصل) وحرز البقل وقدور الباقلاء ونحوها بالشرائح من القصب أو الخشب اذا كان فى السوق حارس وحرز الخشب والحطب والقصب فى الحظائر وتعبئة بعضه على بعض وتقييده بقيد بحيث يعسر أخذ شىء منه على ما جرت به العادة الا أن يكون فى فندق مغلق عليه فيكون محرزا وان لم يقيد .

(فصل) والإبل على ثلاثة أضرب : باركة وراعية وسائرة . فأما الباركة فإن كان معها حافظ لها وهى معقولة فهى محرزة وان لم تكن معقولة وكان الحافظ ناظراً اليها أو مستيقظا بحيث يراها فهى محرزة ، وان كان نائما أو مشغولا عنها فليست محرزة لان العادة أن الرعاة اذا أرادوا النوم عقلوا إبلهم ولأن حل المعقولة

ينبه النائم والمشتغل وان لم يكن معها أحد فهي غير محرزة سواء كانت معقولة أو لم تكن ، وأما الراعية : فحرزها بنظر الراعي اليها فما غاب عن نظره أو نام عنه فليس بمحرز لأن الراعية إنما تحرز بالراعي ونظره .

وأما السائرة : فإن كان معها من يسوقها فحرزها نظره اليها سواء كانت مقطرة أو غير مقطرة وما كان منها بحيث لا يراه فليس بمحرز وان كان معها قائد فحرزها أن يكثر الالتفات اليها والمراعاة لها ويكون بحيث يراها إذا التفت ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يحرز القائد إلا التي زمامها بيده لأنه يوليها ظهره ولا يراها إلا نادراً فيمكن أخذها من حيث لا يشعر .

ولنا أن العادة في حفظ الابل المقطرة بمراعاتها بالالتفات وإمساك زمام الأول فكان ذلك حرزا لها كالتي زمامها في يده فإن سرق من أحمال الجمال السائرة المحرزة متاعا قيمته نصاب قطع ، وكذلك إن سرق الحمل وان سرق الجمل بما عليه وصاحبه نائم عليه لم يقطع لأنه في يد صاحبه وإن لم يكن صاحبه نائما عليه قطع وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا قطع عليه لان مافي الحمل محرز به فإذا أخذ جميعه لم يهتك حرز المتاع فصار كما لو سرق أجزاء الحرز .

ولنا أن الجمل محرز بصاحبه ولهذا لو لم يكن معه لم يكن محرزا فقد سرقه من حرز مثله فأشبه ما لو سرق المتاع ولا نسلم أن سرقة الحرز من حرزه لا توجب القطع فإنه لو سرق الصندوق بما فيه من بيت هو محرز فيه وجب قطعه وهذا التفصيل في الإبل التي في الصحراء ، فأما التي في البيوت والمكان المحصن على الوجه الذي ذكرناه في الثياب فهي محرزة والحكم في سائر المواشي كالحكم في الابل على ما ذكرناه من التفصيل فيها .

(فصل) وإذا سرق من الحمام ولا حافظ فيه فلا قطع عليه في قوم عامتهم ، وإن كان ثم حافظ فقال أحمد ليس على سارق الحمام قطع .

وقال في رواية ابن منصور لا يقطع سارق الحمام إلا أن يكون على المتاع قاعد مثل ما صنع بصفوان ، وهذا قول أبي حنيفة لأنه مأذون للناس في دخوله فجرى مجرى سرقة الضيف من البيت المأذون له في دخوله ولان دخول الناس اليه يكثر فلا يتمكن الحافظ من حفظ ما فيه .

قال القاضي : وفيه رواية أخرى أنه يجب القطع إذا كان فيه حافظ ، وهو قول مالك والشافعي وإسحاق وأبي ثور وابن المنذر لأنه متاع له حافظ فيجب قطع سارقه كما لو كان في بيت والاول أصح وهذا يفارق ما في البيت من الوجهين اللذين ذكرناهما ، فأما ان كان صاحب الثياب قاعدا عليها أو متوسدا لها أو جالسا وهي بين يديه يحفظها قطع سارقها بكل حال كما قطع سارق رداء صفوان من المسجد وهو متوسد له ، وكذلك إن كان نائب صاحب الثياب ، إما الحمامي واما غيره حافظا لها على هذا الوجه قطع سارقها لانها محرزة وان لم تكن كذلك فقال القاضي ان نزع الداخل ثيابه على ما جرت به العادة ولم يستحفظها لاحد فلا قطع على سارقها ولا غرم على الحمامي لانه غير مودع فيضمن ولا هي محرزة فيقطع سارقها وان استحفظها الحمامي فهو مودع يلزمه مراعاتها بالنظر والحفظ فإن تشاغل عنها أو ترك النظر اليها فسرقت فعليه الغرم لتفريطه ولا قطع على السارق ولأنه لم يسرق من حرز ، وان تعاهدها الحمامي بالحفظ والنظر فسرقت فلا غرم عليه لعدم تفريطه وعلى السارق القطع لأنها محرزة ، وهذا مذهب الشافعي ، وظاهر مذهب أحمد أنه لا قطع عليه في هذه الصورة لما تقدم .

قال ابن المنذر : قال أحمد أرجو أن لا قطع عليه لانه مأذون للناس في دخوله ولو استحفظ رجل آخر متاعه في المسجد فسرق فإن كان قد فرط في مراعاته ونظره اليه فعليه الغرم اذا كان التزم حفظه وأجابه الى ماسأله وان لم يجبه لكن سكت لم يلزمه غرم لأنه ما قبل الاستيداع ولا قبض المتاع ولا قطع على السارق في الموضعين لانه غير محرز وان حفظ المتاع بنظره اليه وقربه منه فسرق فلا غرم عليه وعلى السارق القطع لأنه سرق من حرز ويفارق المتاع في الحمام فإن الحفظ فيه غير ممكن لان الناس يضع بعضهم ثيابه عند ثياب بعض ويشتبه على الحمامي صاحب الثياب فلا يمكنه منع أخذها لعدم علمه بمالكها .

(فصل) وحرز حائط الدار كونه مبنيا فيها اذا كانت في العمران أو كانت في الصحراء وفيها حافظ فإن أخذ من أجزاء الحائط أو خشبه نصابا في هذه الحال وجب قطعه لان الحائط حرز لغيره فيكون حرزاً لنفسه وان هدم الحائط ولم يأخذه

فلا قطع عليه فيه كما لو أتلف المتاع فى الحرز ولم يسرقه ، فإن كانت الدار بحيث لا تكون حرزاً لما فيها كدار فى الصحراء لا حافظ فيها فلا قطع على من أخذ من حائطها شيئا لانها اذا لم تكن حرزاً لما فيها فلنفسها أولى

وأما باب الدار فإن كان منصوبا فى مكانه فهو محرز سواء كان مغلقاً أومفتوحا لأنه هكذا يحفظ. وعلى سارقه القطع اذا كانت الدار محرزة بما ذكرناه، وأما أبواب الخزائن فى الدار فإن كان باب الدار مغلقا فهى محرزة سواء كانت مفتوحة أو مغلقة ، وان كان مفتوحا لم تكن محرزة إلا أن تكون مغلقة أو يكون فى الدار حافظ والفرق بين باب الدار وباب الخزانة ان أبواب الخزائن تحرز بباب الدار وباب الدار لايحرز إلا بنصبه ولا يحرز بغيره واما حلقة الباب فإن كانت مسمورة فهى محرزة وإلا فلا لأنها تحرز بتسميرها .

(فصل) وان سرق باب مسجد منصوبا او باب الكعبة المنصوب أو سرق من سقفه شيئا أو تأزيره ففيه وجهان

أحدهما. عليه القطع وهو مذهب الشافعى وأبو القاسم صاحب مالك وأبى ثور وابن المنذر لأنه سرق نصابا محرزا بحرز مثله لا شبهة له فيه فلزمه القطع كباب بيت الآدمى .

والثانى : لاقطع عليه وهو قول أصحاب الرأى لأنه لا مالك له من المخلوقين فلا يقطع فيه كحصر المسجد وقناديله فإنه لا يقطع بسرقة ذلك وجهاً واحدا لكونهما ينتفع به فيكون له فيه شبهة فلم يقطع به كالسرقة من بيت المال وقال أحمد لا يقطع بسرقة ستارة الكعبة الخارجة منها ، وقال القاضى هذا محمول على ما ليست بمخيطة لأنها إنما تحرز بخياطتها . وقال أبو حنيفة لا قطع فيها بحال لما ذكرنا فى الباب .

(فصل واذا أجر داره ثم سرق منها مال المستأجر فعليه القطع وبهذا قال الشافعى وأبو حنيفة وقال صاحباه لا قطع عليه لان المنفعة تحدث فى ملك الآجر ثم تنتقل الى المستاجر .

ولنا : أنه هتك حرزا وسرق منه نصابا لا شبهة له فوجب القطع كما لو سرق من ملك المستأجر وما قالاه لا نسلمه ، ولو استعار دارا فنقبها المعير وسرق مال المستعير منها قطع أيضاً ، وبهذا قال الشافعى فى أحد الوجهين

وقال أبو حنيفة لا قطع عليه لان المنفعه ملك له فما هتك حرز غيره ولان له الرجوع متى شاء وهذا يكون رجوعا

ولنا ما تقدم فى التى قبلها ولا يصح ما ذكره لان هذا قد صار حرزا لمال غيره لا يجوز له الدخول إليه وإنما يجوز له الرجوع فى العارية والمطالبة برده إليه

(فصل) وإن غصب بيتاً فأحرز فيه ماله فسرقه منه أجنبي أو المغصوب منه فلا قطع عليه لانه لا حكم بحرزه اذا كان متعديا به ظالما فيه .

(فصل) واذا سرق الضيف من مال مضيفه شيئا نظرت، فإن سرقه من الموضع الذى أنزله فيه أوموضع لم يحرزه عنه لم يقطع لانه لم يسرق من حرز ، وان سرق من موضع محرز دونه نظرت فان كان منعه قراه فسرق بقدره فلا قطع عليه أيضاً ، وان لم يمنعه قراه فعليه القطع وقد روى عن أحمد أنه لا قطع على الضيف وهو محمول على إحدى الحالتين الاولين وقال أبو حنيفة لا قطع عليه بحال لان المضيف بسطه فى بيته وماله فأشبه ابنه .

ولنا : أنه سرق مالا محرزاً عنه لاشبهة له فيه فلزمه القطع كالاجنبي ، وقوله إنه بسطه فيه لا يصح فإنه أحرز عنه هذا المال ولم يبسطه فيه وتبسطه فى غيره لا يوجب تبسطه فيه كما لو تصدق على مسكين بصدقة أو أهدى الى صديقه هدية فإنه لا يسقط عنه القطع بالسرقة من غير ما تصدق به عليه او أهدى اليه

(فصل) واذا أحرز المضارب مال المضاربة أو الوديعة أو العارية أو المال الذى وكل فيه فسرقه أجنبي فعليه القطع لانعلم فيه مخالفا لانه ينوب مناب المالك فى حفظ المال واحرازه ويده كيده وان غصب عيناً وأحرزها أوسرقها وأحرزها فسرقها سارق فلا قطع عليه ، وقال مالك عليه القطع لأنه سرق نصابا من حرز مثله لا شبهة له فيه وللشافعى قولان كالمذهبين ، وقال أبو حنيفة كقولنا فى السارق وكقولهم فى الغاصب .

ولنا : أنه لم يسرق المال من مالكه ولا ممن يقوم مقامه فأشبه ما لو وجده ضائعا فأخذه وفارق السارق من المالك أو نائبه فانه أزال يده وسرق من حرزه

(فصل) وان سرق نصابا او غصبه فأحرزه فجاء المالك فهتك الحرز وأخذ ماله فلا قطع عليه عند أحد سواء أخذه سرقة او غيرها لانه اخذ ماله؛ وإن سرق

غيره ففيه وجهان : أحدهما : لا قطع فيه لأن له شبهة فى هتك الحرز وأخذ ماله فصار كالسارق من غير حرز ، ولأن له شبهة فى أخذ قدر ماله لذهاب بعض العلماء الى جواز أخذ الانسان قدر دينه من مال من هو عليه .

والثانى : عليه القطع لأنه سرق نصابا من حرزه لا شبهة له فيه ، وإنما يجوز له أخذ قدر ماله إذا عجز عن أخذ ماله وهذا أمكنه أخذ ماله فلم يجز له أخذ غيره وكذلك الحكم اذا أخذ ماله وأخذ من غيره نصابا متميزاً عن ماله ، فإن كان مختلطا بماله غير متميز منه فلا قطع عليه لانه أخذ ماله الذى له أخذه وحصل غيره مأخوذا ضرورة أخذه فيجب أن لا يقطع فيه ولأن له فى أخذه شبهة والحد يدرأ بالشبهات فأما إن سرق منه مالا آخر من غير الحرز الذى فيه ماله أو كان له دين على انسان فسرق من ماله قدر دينه من حرزه نظرت فإن كان الغاصب أو الغريم باذلا لما عليه غير ممتنع من أدائه أو قدر المالك على أخذ ماله فتركه وسرق مال الغاصب أو الغريم فعليه القطع لأنه لا شبهة له فيه . وان عجز عن استيفاء دينه أو أرش جنايته فسرق قدر دينه أو حقه فلا قطع عليه ، وقال القاضى عليه القطع بناء على أصلنا فى انه ليس له أخذ قدر دينه

ولنا أن هذا مختلف فى حله فلم يجب الحد به ، كما لو وطىء فى نكاح مختلف فى صحته ، وتحريم الأخذ لا يمنع الشبهه الناشئة عن الاختلاف . والحدود تدرأ بالشبهات ، فإن سرق أكثر من دينه فهو كالمغصوب منه اذا سرق أكثر من ماله على ما مضى .

(فصل) ولا بد من اخراج المتاع من الحرز لما قدمنا من الاجماع على اشتراطه فتى أخرجه من الحرز وجب عليه القطع سواء حمله الى منزله أو تركه خارجا من الحرز وسواء أخرجه بأن حمله أو رمى به الى خارج الحرز أو شد فيه حبلا ثم خرج فمده به أو شده على بهيمة ثم ساقها به حتى أخرجها أو تركه فى نهر جار فخرج به ، فى هذا كله يجب القطع لانه هو المخرج له اما بنفسه واما بآلته فوجب عليه القطع كما لو حمله فأخرجه ، وسواء دخل الحرز فأخرجه أو نقبه ثم أدخل اليه يده أو عصا لها شجنة فاجتذبه بها ، وبهذا قال الشافعى

وقال أبو حنيفة لا قطع عليه الا أن يكون البيت صغيراً لا يمكنه دخوله لانه لم يهتك الحرز بما أمكنه فاشبه المختلس .

ولنا أنه سرق نصابا من حرز مثله لا شبهة له فيه وهو من أهل القطع فوجب عليه كما لو كان البيت ضيقا ، ويخالف المختلس فإنه لم يهتك الحرز، وان رمى المتاع فأطارته الريح فأخرجته فعليه القطع لأنه متى كان ابتداء الفعل منه لم يؤثر فعل الريح ، كما لو رمى صيدا فأعانت الريح السهم حتى قتل الصيد حل ؛ ولو رمى الجمار فأعانتها الريح حتى وقعت فى المرمى احتسب به وصار هذا كما لو ترك المتاع فى الماء فجرى به فأخرجه .

ولو أمر صبيا لا يميز فأخرج المتاع وجب عليه القطع لأنه آلة له ، فأما ان ترك المتاع على دابة فخرجت بنفسها من غير سوقها أو ترك المتاع فى ماء راكد فانفتح فخرج المتاع أو على حائط فى الدار فأطارته الريح ففى ذلك وجهان .

أحدهما عليه القطع لان فعله سبب خروجه فأشبه ما لو ساق البهيمة أو فتح الماء وحلق الثوب فى الهواء .

والثانى لا قطع عليه لأن الماء لم يكن آلة للإخراج وانما خرج المتاع بسبب حادث من غير فعله والبهيمة لها اختيار لنفسها .

(فصل) واذا أخرج المتاع من بيت فى الدار أو الخان الى الصحن ، فإن كان باب البيت مغلقا ففتحه أو نقبه فقد أخرج المتاع من الحرز ، وان لم يكن مغلقا فما أخرجه من الحرز . وقد قال أحمد : اذا خرج المتاع من البيت الى الدار يقطع وهو محمول على الصورة الاولى .

(فصـــل) قال أحمد : الطرار سرا يقطع ، وان اختلس لم يقطع ، ومعنى الطرار الذى يسرق من جيب الرجل أو كمه أو صفنه ، وسواء بط ما أخذ منه المسروق أو قطع الصفن فأخذه أو أدخل يده فى الجيب فأخذ ما فيه فإن عليه القطع . وروى عن احمد فى الذى يأخذ من جيب الرجل وكمه لاقطع عليه فيكون فى ذلك روايتان :

(فصـل) واذا دخل السارق حرزا فاحتلب لبنا من ماشية واخرجه فعليه القطع وبه قال الشافعى ، وقال ابو حنيفة : لا قطع عليه لانه من الاشياء الرطبة ،

وقد مضى الكلام معه فى هذا ، وان شربه فى الحرز أو شرب منه ما ينقص النصاب فلا قطع عليه لأنه لم يخرج من الحرز نصابا ، وان ذبح الشاة فى الحرز أو شق الثوب ثم أخرجهما وقيمتهما بعد الشق والذبح نصاب فعليه القطع وبه قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لاقطع عليه فى الشاة لأن اللحم لا يقطع عنده بسرقته والثوب إن شق أكثره فلا قطع فيه لأن صاحبه مخير بين أن يضمنه قيمة جميعه فيكون قد أخرجه وهو مالك له ، وقد تقدم الكلام معه فى هذه الأصول . وان دخل الحرز فابتلع جوهرة وخرج فلم تخرج فلا قطع عليه لأنه أتلفها فى الحرز ، وان خرجت ففيه وجهان .

أحدهما يجب لأنه أخرجها فى وعائها فأشبه إخراجها فى كمه . والثانى لا يجب لأنه ضمنها بالبلع فكان إتلافا لها ، ولأنه ملجأ الى إخراجها لانه لا يمكنه الخروج بدونها ، وان تطيب فى الحرز بطيب وخرج ولم يبق عليه من الطيب ما إذا جمع كان نصابا فلا قطع عليه لان مالا يجتمع قد أتلفه باستعماله فأشبه ما لو أكل الطعام وان كان يبلغ نصابا فعليه القطع لانه أخرج نصابا .

وذكر فيه وجه آخر فيما إذا كان ما تطيب به يبلغ نصابا فعليه القطع ، وان نقص مايجتمع عن النصاب لانه أخرج نصابا والاول أولى ، وإن جر خشبة فألقاها بعد أن أخرج بعضها من الحرز فلا قطع عليه سواء خرج منها ما يساوى نصابا أو لم يكن لأن بعضها لا ينفرد عن بعض ، وكذلك لو أمسك الغاصب طرف عمامته والطرف الآخر فى يد مالكها لم يضمنها . وكذلك اذا سرق ثوبا أو عمامة فأخرج بعضهما .

(فصل) وإذا نقب الحرز ثم دخل فأخرج ما دون النصاب ثم دخل فأخرج ما يتم به النصاب نظرت فإن كان فى وقتين متباعدين أو ليلتين لم يجب القطع لان كل واحدة منهما سرقة مفردة لا تبلغ نصابا ، وكذلك إن كانا فى ليلة واحدة وبينهما مدة طويلة . وان تقاربا وجب قطعه لانها سرقة واحدة ، واذا بنى فعل أحد الشريكين على فعل شريكه فبناء فعل الواحد بعضه على بعض أولى

الشرط الخامس والسادس والسابع : كون السارق مكلفا وثبتت السرقة ويطالب بها المالك بالمعروف وتنتفى الشبهات ويذكر ذلك فى مواضعه

« مسألة » قال ﴿ إلا أن يكون المسروق ثمراً أو كثرا فلا قطع فيه ﴾

يعني به الثمر في البستان قبل إدخاله الحرز ، فهذا لا قطع فيه عند أكثر الفقهاء كذلك الكثر المأخوذ من النخل وهو جمار النخل . روى معنى هذا القول عن ابن عمر وبه قال عطاء ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وقال أبو ثور : ان كان من ثمر أو بستان محرز ففيه القطع وبه قال ابن المنذر إن لم يصح خبر رافع قال ولا أحسبه ثابتا ، واحتجا بظاهر الآية وبقياسه على سائر المحرزات .

ولنا ما روى رافع بن خديج عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا قطع في ثمر ولا كثر » أخرجه أبو داود وابن ماجه ؛ وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عبدالله بن عمرو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن الثمر المعلق فقال « من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ، ومن خرج بشيء منه فعليه غرامة مثليه والعقوبة ؛ ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع » وهذا يخص عموم الآية ولان البستان ليس بحرز لغير الثمر فلا يكون حرزا له كما لو لم يكن محوطا ، فأما ان كانت نخلة أو شجرة في دار محرزة فسرق منها نصابا ففيه القطع لانه سرق من حرز والله أعلم

(فصـــل) وان سرق من الثمر المعلق فعليه غرامة مثليه ، وبه قال اسحاق للخبر المذكور وقال أحمد : لا أعلم سببا يدفعه . وقال أكثر الفقهاء : لا يجب فيه أكثر من مثله .

قال ابن عبد البر : لا أعلم أحداً من الفقهاء قال بوجوب غرامة مثليه ، واعتذر بعض أصحاب الشافعي عن هذا الخبر بأنه كان حين كانت العقوبة في الاموال ثم نسخ ذلك .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم وهو حجة لا تجوز مخالفته إلا بمعارضة مثله أو أقوى منه ، وهذا الذي اعتذر به هذا القائل دعوى للنسخ بالاحتمال من غير دليل عليه وهو فاسد بالاجماع ثم هو فاسد من وجه آخر بقوله « ومن سرق منه شيئا بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع » فقد بين وجوب القطع مع إيجاب غرامة مثليه وهذا يبطل ما قاله وقد احتج أحمد بأن عمر أغرم حاطب

ابن أبي بلتعة حين انتحر غلمانه ناقة رجل من مزينة مثلي قيمتها ، وروى الأثرم الحديثين فى سننه .

قال أصحابنا : وفى الماشية تسرق من المرعى من غير أن تكون محرزة مثلا قيمتها للحديث ، وهو ما جاء فى سياق حديث عمرو بن شعيب أن السائل قال : الشاة الحريسة منهن يانبي الله ؟ قال « ثمنها ومثله معه والنكال ، وما كان فى المراح ففيه القطع إذا كان ما يأخذه من ذلك ثمن المجن » هذا لفظ رواية ابن ماجة وما عدا هذين لايغرم بأكثر من قيمته أو مثله إن كان مثليا ، هذا قول أصحابنا وغيرهم الا أبابكر فانه ذهب الى ايجاب غرامة المسروق من غير حرز بمثليه قياسا على الثمر المعلق وحريسة الجبل استدلالا بحديث حاطب .

ولنا أن الأصل وجوب غرامة المثلى بمثله والمتقوم بقيمته بدليل المتلف والمغصوب والمنتهب والمختلس وسائر ما تجب غرامته خولف فى هذين الموضعين للأثر ففيما عداه يبقى على الأصل .

« مسألة » قال (وابتداء قطع السارق أن تقطع يده اليمنى من مفصل الكف ويحسم فإن عاد قطعت رجله اليسرى من مفصل الكعب وحسمت)

لا خلاف بين أهل العلم فى أن السارق أول ما يقطع منه يده اليمنى من مفصل الكف وهو الكوع ، وفى قراءة عبد الله بن مسعود (فاقطعوا أيمانهما) وهذا ان كان قراءة والا فهو تفسير .

وقد روى عن أبي بكر الصديق وعمر رضى الله عنهما أنهما قالا : اذا سرق السارق فاقطعوا يمينه من الكوع ولا مخالف لهما فى الصحابة ، ولان البطش بها أقوى فكانت البداية بها أردع ، ولأنها آلة السرقة فناسب عقوبته بإعدام آلتها واذا سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى ، وبذلك قال الجماعة الا عطاء حكى عنه أنه تقطع يده اليسرى لقوله سبحانه (فاقطعوا أيديهما) ولانها آلة السرقة والبطش فكانت العقوبة بقطعها أولى . وروى ذلك عن ربيعة وداود وهذا شذوذ يخالف قول جماعة فقهاء الامصار من أهل الفقه والاثر من الصحابة والتابعين ومن بعدهم وهو قول أبي بكر وعمر رضى الله عنهما .

وقد روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال فى السارق « إذا سرق فاقطعوا يده ثم إن سرق فاقطعوا رجله » ولأنه فى المحاربة الموجبة قطع عضوين إنما تقطع يده ورجله ولا تقطع يداه فنقول : جناية أوجبت قطع عضوين فكانا رجلا ويداً كالمحاربة ولأن قطع يديه يفوت منفعة الجنس فلا تبقى له يد يأكل بها ولا يتوضأ ولا يستطيب ولا يدفع عن نفسه فيصير كالهالك فكان قطع الرجل الذى لا يشتمل على هذه المفسدة أولى .

وأما الآية فالمراد بها قطع يد كل واحد منهما بدليل أنه لا تقطع اليدان فى المرة الأولى وفى قراءة عبد الله (فاقطعوا ايمانهما) وإنما ذكر بلفظ الجمع لأن المثنى إذا أضيف الى المثنى ذكر بلفظ الجمع كقوله تعالى فقد صغت قلوبكما) .

إذا ثبت هذا : فإنه تقطع رجله اليسرى لقول الله تعالى (أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف) ولأن قطع اليسرى أرفق به لأنه يمكنه المشى على خشبة ولو قطعت رجله اليمنى لم يمكنه المشى بحال ، وتقطع الرجل من مفصل الكعب فى قول أكثر أهل العلم وفعل ذلك عمر رضى الله عنه وكان على رضى الله عنه يقطع من نصف القدم من معقد الشراك ويدع له عقبا يمشى عليها ، وهو قول أبى ثور .

ولنا أنه أحد العضوين المقطوعين فى السرقة فيقطع من المفصل كاليد وإذا قطع حسم وهو أن يغلى الزيت فإذا قطع غمس عضوه فى الزيت لتنسد أفواه العروق لئلا ينزف الدم فيموت .

وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بسارق سرق شملة فقال « اقطعوه واحسموه » وهو حديث فيه مقال قاله ابن المنذر ، وممن استحب ذلك الشافعى وأبو ثور وغيرهما من أهل العلم ويكون الزيت من بيت المال لأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر به القاطع وذلك يقتضى أن يكون من بيت المال فإن لم يحسم فذكر القاضى أنه لا شىء عليه لأن عليه القطع لا مداواة المحدود ، ويستحب للمقطوع حسم نفسه فإن لم يفعل لم يأثم لأنه ترك التداوى فى المرض وهذا مذهب الشافعى

(فصل) ويقطع السارق بأسهل ما يمكن فيجلس ويضبط لئلا يتحرك فيجنى على نفسه وتشد يده بحبل وتجر حتى يبين مفصل الكف من مفصل الذراع

ثم يوضع بينهما سكين حاد ويدق فوقهما بقوة ليقطع في مرة واحدة أو توضع السكين على المفصل وتمدى مدة واحدة وإن علم قطع أوحى من هذا قطع به .

(فصل) ويسن تعليق اليد في عنقه لما روى فضالة بن عبيد أن النبي (ص) « أتى بسارق فقطعت يده ثم أمر بها فعلقت في عنقه » رواه أبو داود وابن ماجه وفعل ذلك علي رضي الله عنه ولأن فيه ردعا وزجراً .

(فصـــل) ولا تقطع في شدة حر ولا برد لأن الزمان ربما أعان على قتله والغرض الزجر دون القتل ، ولا تقطع حامل حال حملها ولا بعد وضعها حتى ينقضي نفاسها لئلا يفضي الى تلفها وتلف ولدها ولا يقطع مريض في مرضه لئلا يأتي على نفسه ، ولو سرق فقطعت يده ثم سرق قبل اندمال يده لم يقطع ثانيا حتى يندمل القطع الأول ، وكذلك لو قطعت رجله قصاصا لم تقطع اليد في السرقه حتى تبرأ الرجل .

فإن قيل : أليس لو وجب عليه قصاص في اليد الأخرى لقطعت قبل الاندمال والمحارب تقطع يده ورجله دفعة واحدة ، وقد قلتم في المريض الذي وجب عليه الحد لا ينتظر برؤه فلم خالفتم ذلك ههنا .

قلنا : القصاص حق آدمي يخاف فوته وهو مبني على الضيق لحاجته اليه ولان القصاص قد يجب في يد ويجب في يدين وأكثر في حالة واحدة فلهذا جاز أن نوالي بين قصاصين ونخالف لأن كل معصية لها حد مقدر لا تجوز الزيادة عليه فإذا والى بين حدين صار كالزيادة على الحد فلم يجز .

وأما قطاع الطريق فإن قطع اليد والرجل حد واحد بخـــلاف ما نحن فيه ، وأما تأخير الحد للمريض ففيه منع وان سلمنا فإن الجلد يمكن تخفيفه ويأتي به في المرض على وجه يؤمن معه التلف . والقطع لا يمكن تخفيفه

(فصل) وإذا سرق مرات قبل القطع أجزأ قطع واحد عن جميعها وتداخلت حدودها لانه حد من حدود الله تعالى فإذا اجتمعت أسبابه تداخل كحد الزنا ، وذكر القاضي فيما إذا سرق من جماعة وجاءوا متفرقين رواية أخرى أنها لا تتداخل ولعله يقيس ذلك على حد القذف ، والصحيح أنها تتداخل لأن القطع خالص حق الله تعالى فتتداخل كحد الزنا والشرب وفارق حد القذف فإنه حق لآدمي

ولهذا يتوقف على المطالبة باستيفائه ويسقط بالعفو عنه ، فأما إن سرق فقطع ثم سرق ثانيا قطع ثانيا سواء سرق من الذى سرق منه أولا أو من غــيره وسواء سرق تلك العين التى قطع بها أو غيرها وبهذا قال الشافعى .

وقال أبو حنيفة . إذا قطع بسرقة عين مرة لم يقطع بسرقتها مرة ثانية إلا ان يكون قد قطع بسرقة غزل ثم سرقه منسوجا أو قطع بسرقة رطب ثم سرقه تمراً واحتج بأن هذا يتعلق استيفاؤه بمطالبة آدمى فإذا تـكرر سببه فى العين الواحدة لم يتـكرر كحد القذف .

ولنا أنه حد يجب بفعل فى عين فتـكرره فى عين واحدة كتكرره فى الأعيان كالزنا وما ذكره يبطل بالغزل إذا نسج والرطب إذا أتمر ولا نسلم حد القذف فإنه متى قذفه بغير ذلك الزنا حد وان قذفه بذلك الزنا عقيب حده لم يحد لأن الغرض إظهار كذبه وقد ظهر وههنا الغرض ردعه عن السرقة ولم يرتدع بالأول فيردع بالثانى كالمودع إذا سرق عينا أخرى .

(فصل) ومن سرق ولا يمنى له قطعت رجله اليسرى كما يقطع فى السرقة الثانية وان كانت يمناه شلاء ففيها روايتان .

احداهما : تقطع رجله اليسرى لان الشلاء لا نفع فيها ولا جمال فأشبهت كفاً لا أصابع عليه قال إبراهيم الحربى عن أحمد فيمن سرق ويمناه جافة تقطع رجله .

والرواية الثانية : أنه يسأل أهل الخبرة ، فان قالوا إنها إذا قطعت رقأ دمها وانحسمت عروقها قطعت لانه أمـكن قطع يمينه فوجب كما لو كانت صحيحة وان قالوا : لا يرقأ دمها لم تقطع لانه يخاف تلفه وقطعت رجله ، وهذا مذهب الشافعى وان كانت أصابع اليمنى كلها ذاهبة ففيها وجهان . أحدهما . لا تقطع وتقطع الرجل لان الـكف لا تجب فيه دية اليد فأشبه الذراع . والثانى : تقطع لان الراحة بعض ما يقطع فى السرقة فاذا كان موجوداً قطع كما لو ذهب الخنصر أو البنصر ؛ وان ذهب بعض الاصابع نظرنا ، فان ذهب الخنصر والبنصر أو ذهبت واحدة سواهما قطعت لان معظم نفعها باق وان لم يبق الا واحدة فهى كالتى ذهب جميع أصابعها وان بقى اثنتان فهل تلحق بالصحيحة أو بما قطع جميع أصابعها ؟ على وجهين : والاولى قطعها . لان نفعها لم يذهب بالكلية .

فصـــل

ومن سرق وله يمنى فقطعت فى قصاص أو ذهبت بأ كلة أو تعدى عليه متعد فقطعها سقط القطع ولا شيء على العادى الا الادب ، وبهذا قال مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى .

وقال قتادة : يقتص من القاطع وتقطع رجل السارق وهذا غير صحيح فان يد السارق ذهبت والقاطع قطع عضواً غير معصوم وان قطعها قاطع بعد السرقة وقبل ثبوت السرقة والحكم بالقطع ثم ثبت ذلك فكذلك ؛ ولو شهد بالسرقة فحبسه الحاكم ليعدل الشهود فقطعه قاطع ، ثم عدلوا فكذلك ، وان لم يعدلوا وجب القصاص على القاطع وبهذا قال الشافعى ، وقال أصحاب الرأى : لا قصاص عليه لان صدقهم محتمل فيكون ذلك شبهة .

ولنا . أنه قطع طرفا ممن يكافئه عمداً بغير حق فلزمه القطع كما لو قطعه قبل اقامة البينة .

(فصل) وان سرق فقطع الجذاذ يساره بدلا عن يمينه أجزأت ولا شيء على القاطع الا الأدب ، وبهذا قال قتادة والشعبى وأصحاب الرأى ، وذلك لأن قطع يمنى السارق يفضى الى تفويت منفعة الجنس وقطع يديه بسرقة واحدة فلا يشرع واذا انتفى قطع يمينه حصل قطع يساره مجزئا عن القطع الواجب ، فلا يجب على فاعله قصاص ، وقال أصحابنا : فى وجوب قطع يمين السارق وجهان وللشافعى فيما اذا لم يعلم القاطع كونها يساراً أو ظن أن قطعها يجزيء قولان .

أحدهما : لا تقطع يمين السارق كيلا تقطع يداه بسرقة واحدة .

والثانى : تقطع كما لو قطعت يسراه قصاصا ، فأما القاطع فاتفق أصحابنا والشافعى على أنه ان قطعها عن غير اختيار من السارق أو كان السارق أخرجها دهشة أو ظنا منه أنها تجزيء وقطعها القاطع عالما بأنها يسراه وأنها لا تجزيء فعليه القصاص وان لم يعلم أنها يسراه أو ظن أنها مجزئة فعليه ديتها ؛ وان كان السارق أخرجها مختاراً عالما بالامرين فلا شيء على القاطع لانه أذن فى قطعها ، فأشبه غير السارق والمختار عندنا ما ذكرناه والله أعلم .

« مسألة » قال (فإن عاد حبس ولا يقطع غير يد ورجل)

يعني إذا عاد فسرق بعد قطع يده ورجله لم يقطع منه شيء آخر وحبس ، وبهذا قال علي رضي الله عنه والحسن والشعبي والنخعي والزهري وحماد والثوري وأصحاب الرأي ، وعن أحمد : انه تقطع في الثالثة يده اليسرى ، وفي الرابعة رجله اليمنى وفي الخامسة يعزر ويحبس .

وروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما قطعا يد أقطع اليد والرجل وهذا قول قتادة ومالك والشافعي وأبي ثور وابن المنذر .

وروي عن عثمان وعمرو بن العاص وعمر بن عبد العزيز أنه تقطع يده اليسرى في الثالثة والرجل اليمنى في الرابعة ويقتل في الخامسة ، لأن جابراً قال : جيء الى النبي صلى الله عليه وسلم بسارق فقال « اقتلوه » فقالوا يا رسول الله إنما سرق فقال « اقطعوه » قال فقطع ثم جيء به الثانية فقال «اقتلوه» قالوا يارسول الله انما سرق قال « اقطعوه » فقطع ثم جيء به الثالثة فقال « اقتلوه » فقالوا يا رسول الله انما سرق قال « اقطعوه » قال ثم أتي به الرابعة فقال « اقتلوه » قالوا يا رسول الله انما سرق قال « اقطعوه » ثم أتي به الخامسة قال « اقتلوه » قال فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه في بئر ، رواه أبو داود .

وعن أبي هريرة رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في السارق « وان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله ثم ان سرق فاقطعوا يده ثم ان سرق فاقطعوا رجله » ولأن اليسار تقطع قوداً فجاز قطعها في السرقة كاليمنى ولأنه فعل أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « اقتدي باللذين من بعدي أبي بكر وعمر » .

ولنا ما روى سعيد حدثنا أبو معشر عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال حضرت علي بن أبي طالب رضي الله عنه أتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لأصحابه ما ترون في هذا ؟ قالوا : اقطعه ياأمير المؤمنين قال قتلته اذاً وما عليه القتل ، بأي شيء يأكل الطعام ؟ بأي شيء يتوضأ للصلاة ؟ بأي شيء يغتسل من جنابته ؟ بأي شيء يقوم على حاجته ؟ فرده الى السجن أياما ثم أخرجه

فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الاول ، وقال لهم مثل ما قال أول مرة فجلده جلداً شديداً ثم أرسله .

وروى عنه أنه قال : إني لاستحي من الله أن لا أدع له يداً يبطش بها ولا رجلا يمشي عليها ، ولان في قطع اليدين تفويت منفعة الجنس فلم يشرع في حد كالقتل ، ولأنه لو جاز قطع اليدين لقطعت اليسرى في المرة الثانية لأنها آلة البطش كاليمنى وإنما لم تقطع للمفسدة في قطعها لأن ذلك بمنزلة الإهلاك ، فإنه لا يمكنه أن يتوضأ ولا يغتسل ولا يستنجي ولا يحترز من نجاسة ولا يزيلها عنه ولا يدفع عن نفسه ولا يأكل ولا يبطش ، وهذه المفسدة حاصلة بقطعها في المرة الثالثة فوجب أن يمنع قطعها كما منعه في المرة الثانية .

وأما حديث جابر فني حق شخص استحق القتل ، بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر به في أول مرة وفي كل مرة ، وفعل ذلك في الخامسه ، ورواه النسائي وقال حديث منكر .

وأما الحديث الآخر وفعل أبي بكر وعمر فقد عارضه قول علي ، وقد روى عن عمر انه رجع الى قول علي ، فروى سعيد حدثنا ابو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عابد قال : أتى عمر برجل أقطع اليد والرجل قد سرق فأمر به عمر أن تقطع رجله ، فقال علي انما قال الله تعالى (انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فساداً) الآية ، وقد قطعت يد هذا ورجله فلا ينبغي ان تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشي عليها ، إما أن تعزره واما أن تستودعه السجن فاستودعه السجن .

(فصل) وإن سرق من يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة الأصابع أو كانت يداه صحيحتين فقطعت اليسرى أو شلت قبل قطع يمناه لم تقطع يمناه على الرواية الأولى وتقطع على الثانية ، وان قطع يسراه قاطع متعمدا فعليه القصاص لانه قطع طرفا معصوما ، وان قطعه غير متعمد فعليه ديته ولا تقطع يمين السارق وبه قال ابو ثور وأصحاب الرأي ، وفي قطع رجل السارق وجهان أصحهما لا يجب لانه لم يجب بالسرقة وسقوط القطع عن يمينه لا يقتضي قطع رجله كما لو كان المقطوع يمينه . والثاني تقطع رجله لانه تعذر قطع يمينه فقطعت رجله كما لو كانت

اليسرى مقطوعة حال السرقة ، وإن كانت يمنـــاه صحيحة ويسراه ناقصة نقصا يذهب بمعظم نفعها مثل ان يذهب منها الابهام أو الوسطى أو السبابة ، احتمل أن يكون كقطعها وينتقل الى رجله ، وهذا قول أصحاب الرأى ، واحتمل أن تقطع يمناه لأن له يداً ينتفع بها أشبه ما لو قطعت خنصرها ، وان كانت يداه صحيحتين ورجله اليمنى شلاء أو مقطوعة فلا أعلم فيها قولا لأصحابنا ويحتمل وجهين .

أحدهما . تقطع يمينه ، وهو مذهب الشافعى لانه سارق له يمنى فقطعت عملا بالكتاب والسنة ، ولأنه سارق له يدان فتقطع يمنـــاه ، كما لو كانت المقطوعة رجله اليسرى .

والثانى : لا يقطع منه شيء ، وهو قول أصحاب الرأى ، لأن قطع يمناه يذهب بمنفعة المشى من الرجلين ، فأما ان كانت رجله اليسرى شلاء ويداه صحيحتان قطعت يده اليمنى ، لأنه لا يخشى تعدى ضرر القطع الى غير المقطوع ، وعلى قياس هذه المسألة لو سرق ويده اليسرى مقطوعة أو شلاء لم يقطع منه شيء لذلك ، وأنكر هذا ابن المنذر وقال أصحاب الرأى بقولهم هذا ، خالفوا كتاب الله بغير حجة .

« مسألة » قال (والحر والحرة والعبد والأمة فى ذلك سواء)

أما الحر والحرة فلا خلاف فيهما وقد نص الله تعالى على الذكر والانثى بقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولأنهما استويا فى سائر الحدود . فكذلك فى هذا ، وقد قطع النبى صلى الله عليه وسلم سارق رداء صفوان وقطع المخزومية التى سرقت القطيفة

فأما العبـــد والامة فإن جمهور الفقهاء وأهل الفتوى على أنهما يجب قطعهما بالسرقة إلا ما حكى عن ابن عباس انه قال لاقطع عليهما لانه حد لا يمكن تنصيفه فلم يجب فى حقهما كالرجم ، ولانه حد فلا يساوى العبد فيه الحر كسائر الحدود .

ولنا عموم الآية . وروى الاثرم أن رقيقا لحاطب بن أبى بلتعة سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها ، فأمر كثير بن الصلت أن تقطع أيديهم ، ثم قال عمر والله إنى لاراك تجيعهم ولكن لاغرمنك غرما يشق عليك ثم قال للمزنى : كم ثمن

ناقتك ؟ قال أربعمائة درهم . قال عمر اعطه ثمانمائة درهم . وروى القاسم بن محمد عن أبيه أن عبدا أقر بالسرقة عند علي فقطعه ، وفي رواية قال . كان عبدا ، يعني الذي قطعه علي، رواه الامام أحمد بإسناده ، وهذه قصص تنتشر ولم تنكر فتكون اجماعا . وقولهم لا يمكن تنصيفه ، قلنا ولا يمكن تعطيله فيجب تكميله ، وقياسهم نقلبه عليهم فنقول حد فلا يتعطل في حق العبد والامة كسائر الحدود ، وفارق الرجم فإن حد الزاني لا يتعطل بتعطيله بخلاف القطع فإن حد السرقة يتعطل بتعطيله

(فصـــل)

ويقطع الآبق بسرقته وغيره ، روى ذلك عن ابن عمر وعمر بن عبد العزيز ، وبه قال مالك والشافعي ، وقال مروان وسعيد بن العاصي وأبو حنيفة : لا يقطع لان قطعه قضاء على سيده ولا يقضى على الغائب .

ولنا عموم الكتاب والسنة وانه مكلف سرق نصابا من حرز مثله فيقطع كغير الآبق ، وقولهم انه قضاء على سيده لا يسلم ، فانه لا يعتبر فيه اقرار السيد ولا يضر انكاره ، وانما يعتبر ذلك من العبد ، ثم القضاء على الغائب بالبينة جائز على ما عرف في موضعه .

(فصل) وان أقر العبد بسرقة مال في يده فأنكر ذلك سيده وقال هذا مالي فالمال لسيده ويقطع العبد وبهذا قال الشافعي . وقال ابو حنيفة : لا قطع عليه لانه لم تثبت سرقته للمال فلم يجب قطعه ، كما لو أنكره المسروق منه ، ولانه اذا لم يقبل اقراره في المال ففي الحد الذي يندريء بالشبهات أولى .

ولنا أنه أقر بالسرقة وصدقه المسروق منه فقطع كالحر ، ويحتمل أن لا يجب القطع لان الحد يدرأ بالشبهات وكون المال محكوما به لسيده شبهة .

(فصل) ويقطع المسلم بسرقة مال المسلم والذمي ويقطع الذمي بسرقة مالهما وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه مخالفا ، فأما الحربي اذا دخل الينا مستأمنا فسرق فانه يقطع أيضا . وقال ابن حامد لا يقطع ، وهو قول أبي حنيفة ومحمد لانه حد لله تعالى فلا يقام عليه كحد الزنا ، وقد نص احمد على انه لا يقام عليه حد الزنا وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه حد يطالب به فوجب عليه كحد القذف ، يحققه أن القطع يجب

صيانة للأموال وحد القذف يجب صيانة للأعراض ، فإذا وجب في حقه أحدهما وجب الآخر ، فأما حد الزنا فلم يجب لأنه يجب به قتله لنقضه العهد ولا يجب مع القتل حد سواه .

إذا ثبت هذا فإن المسلم يقطع بسرقة ماله ، وعند أبي حنيفة لا يجب . ولنا أنه سرق مالا معصوماً من حرز مثله فوجب قطعه كسارق مال الذمى ، ويقطع المرتد إذا سرق لأن أحكام الاسلام جاريه عليه .

« مسألة » قال (ويقطع السارق وان وهبت له السرقة بعد إخراجها)

وجملته أن السارق إذا ملك العين المسروقة بهبة أو بيع أو غيرهما من أسباب الملك لم يخل من أن يملكها قبل رفعه الى الحاكم والمطالبة بها عنده أو بعد ذلك ، فإن ملكها قبله لم يجب القطع لأن من شرطه المطالبة بالمسروق وبعد ملكه له لا تصح المطالبة ، وان ملكها بعده لم يسقط القطع ، وبهذا قال مالك والشافعى وإسحاق ، وقال أصحاب الرأى : يسقط لأنها صارت ملكه فلا يقطع فى عين هى ملكه كما لو ملكها قبل المطالبة بها . ولأن المطالبة شرط والشروط يعتبر دوامها ولم يبق لهذه العين مطالب .

ولنا ما روى الزهرى عن ابن صفوان عن أبيه أنه نام فى المسجد وتوسد رداءه فأخذ من تحت رأسه فجاء بسارقه إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم أن يقطع ، فقال صفوان يا رسول الله لم أرد هذا ، ردائى عليه صدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « فهلا قبل أن تأتينى به ؟ » رواه ابن ماجه والجوزجانى .

وفى لفظ قال : فأتيته فقلت أتقطعه من أجل ثلاثين درهما ؟ أنا أبيعه وأنسئه ثمنها ، قال « فهلا كان قبل أن تأتينى به ؟ » رواه الاثرم وابو داود ، فهذا يدل على انه لو وجد قبل رفعه اليه لدرأ القطع ، وبعده لا يسقطه

وقولهم ان المطالبة شرط ، قلنا هى شرط الحكم لا شرط القطع بدليل أنه لو استرد العين لم يسقط القطع وقد زالت المطالبة

(فصل) وان أقر المسروق منه أن المسروق كان ملكا للسارق أو قامت به

بينة أو أن له فيه شبهة أو أن المالك أذن له فى أخذها أو انه سبلها لم يقطع لأننا تبينا انه لم يجب بخلاف ما لو وهبه إياها فان ذلك لا يمنع كون الحد واجبا ، وان أقر له بالعين سقط القطع أيضا لأن إقراره يدل على تقدم ملكه لها فيحتمل ان تكون له حال أخذها ، والمنصوص عن احمد ان القطع لا يسقط لأنه ملك تجدد سببه بعد وجوب القطع أشبه الهبة ، ولأن ذلك حيلة على إسقاط القطع بعد وجوبه فلم يسقط بها كالهبة .

« مسألة » قال (ولو أخرجها وقيمتها ثلاثه دراهم فلم يقطع حتى نقصت قيمتها قطع) .

وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة : يسقط القطع لأن النصاب شرط فتعتبر استدامته

ولنا قول الله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولأنه نقص حدث فى العين فلم يمنع القطع كما لو حدث باستعماله ، والنصاب شرط لوجوب القطع فلا تعتبر استدامته كالحرز ، وما ذكره يبطل بالحرز ، فإنه لو زال الحرز أو ملكه لم يسقط عنه القطع ، وسواء نقصت قيمتها قبل الحكم أو بعده لان سبب الوجوب السرقة فيعتبر النصاب حينئذ

فأما ان نقص النصاب قبل الاخراج لم يجب القطع لعدم الشرط قبل تمام السبب ، وسواء نقصت بفعله أو بغير فعله ، وان وجدت ناقصة ولم يدر هل كانت ناقصة حين السرقة أو حدث النقص بعدها ؟ لم يجب القطع لان الوجوب لا يثبت مع الشك فى شرطه ولان الاصل عدمه

« مسألة » قال (واذا قطع فإن كانت السرقة باقية ردت الى مالكها وان كانت تالفة فعليه قيمتها ، سواء كان موسرا أو معسراً)

لا يختلف أهل العلم فى وجوب رد العين المسروقة على مالكها اذا كانت باقية ، فأما ان كانت تالفة فعلى السارق رد قيمتها أو مثلها إن كانت مثلية قطع أو لم يقطع موسرا كان أو معسرا ، وهذا قول الحسن والنخعى وحماد والبتى

والليث والشافعي وإسحاق وأبي ثور ، وقال الثوري وأبو حنيفة لا يجتمع الغرم والقطع إن غرمها قبل القطع سقط القطع وإن قطع قبل الغرم سقط الغرم .

وقال عطاء وابن سيرين والشعبي ومكحول لا غرم على السارق إذا قطع ووافقهم مالك في المعسر ووافقنا في الموسر ، قال أبو حنفية في رجل سرق مرات ثم قطع : يغرم الكل إلا الأخيرة .

وقال أبو يوسف : لا يغرم شيئا لأنه قطع بالكل فلا يغرم شيئا منه كالسرقة الأخيرة ؛ واحتج بما روى عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله (ص) أنه قال « إذا أقيم الحد على السارق فلا غرم عليه » ولأن التضمين يقتضي التمليك والملك يمنع القطع فلا يجمع بينهما .

ولنا : أنها عين يجب ضمانها بالرد لو كانت باقية فيجب ضمانها إذا كانت تالفة كما لو لم يقطع ولأن القطع والغرم حقان يجبان لمستحقين فجاز اجتماعهما كالجزاء والقيمة في الصيد الحرمى المملوك ، وحديثهم يرويه سعد بن إبراهيم عن منصور ، وسعد بن إبراهيم مجهول قاله ابن المنذر .

وقال ابن عبد البر : الحديث ليس بالقوى ، ويحتمل أنه أراد ليس عليه أجرة القاطع وما ذكروه فهو بناء على أصولهم ولا نسلمها لهم .

(فصل) وإذا فعل في العين فعلا نقصها به كقطع الثوب ونحوه وجب رده ورد نقصه ووجب القطع .

وقال أبو حنيفة : إن كان نقصا لا يقطع حق المغصوب منه إذا فعله الغاصب رد العين ولا ضمان عليه ، وان كان يقطع حق الملك كقطع الثوب وخياطته فلا ضمان عليه ويسقط حق المسروق منه من العين ، وإن كان زيادة في العين كصبغه أحمر أو أصفر فلا ترد العين ولا يحل له التصرف فيها .

وقال أبو يوسف ومحمد ترد العين وبنى هذا على أصله في أن الغرم يسقط عنه القطع ، وأما إذا صبغه فقال لا يرده لأنه لو رده لكان شريكا فيه بصبغه ولا يجوز أن يقطع فيما هو شريك فيه وهذا ليس بصحيح لأن صبغه كان قبل القطع فلو كان شريكا بالصبغ لسقط القطع وإن كان يصير شريكا بالرد فالشركة الطارئة بعد القطع لا تؤثر كما لو اشترى نصفه من مالكه بعد القطع ، وقد سلم أبو حنيفة أنه

لو سرق فضة فضربها دراهم قطع ولزمه ردها ، وقال صاحباه : لا يقطع ويسقط حق صاحبها منها بضربها وهذا شيء بيناه على أصولها في أن تغيير اسمها يزيل ملك صاحبها وأن ملك السارق لها يسقط القطع عنه وهو غير مسلم لهما .

« مسألة » قال (وإذا أخرج النباش من القبر كفنا قيمته ثلاثة دراهم قطع)

روى عن ابن الزبير أنه قطع نباشاً ، وبه قال الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشعبي والنخعي وحماد ومالك والشافعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال أبو حنيفة والثوري : لاقطع عليه لأن القبر ليس بحرز لأن الحرز ما يوضع فيه المتاع للحفظ . والكفن لا يوضع في القبر لذلك ولأنه ليس بحرز لغيره فلا يكون حرزاً له ، ولأن الكفن لا مالك له لانه لا يخلو إما أن يكون ملكا للميت أو لوارثه وليس ملكا لواحد منهما لأن الميت لا يملك شيئا ولم يبق أهلا للملك والوارث انما ملك ما فضل عن حاجة الميت ، ولانه لايجب القطع الا بمطالبة المالك أو نائبه ولم يوجد ذلك .

ولنا قول الله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وهذا سارق وإن عائشة رضي الله عنها قالت « سارق أمواتنا كسارق أحيائنا » وما ذكروه لا يصح فإن الكفن يحتاج الى تركه في القبر دون غيره ويكتفى به في حرزه ، ألا ترى أنه لا يترك الميت في غير القبر من غير أن يحفظ كفنه ويترك في القبر وينصرف عنه ، وقولهم انه لا مالك له ممنوع بل هو مملوك للميت لأنه كان مالكا له في حياته ولا يزول ملكه الا عما لا حاجة به اليه ووليه يقوم مقامه في المطالبة كقيام ولي الصبي في الطلب بماله .

اذا ثبت هذا فلا بد من اخراج الكفن من القبر لأنه الحرز فإن أخرجه من اللحد ووضعه في القبر فلا قطع فيه لانه لم يخرجه من الحرز فأشبه ما لو نقل المتاع في البيت من جانب الى جانب فإن النبي صلى الله عليه وسلم سمى القبر بيتا .

(فصل) والكفن الذي يقطع بسرقته ما كان مشروعا فإن كفن الرجل في أكثر من ثلاث لفائف أو المرأة في أكثر من خمس فسرق الزائد عن ذلك أو تركه في تابوت فسرق التابوت أو ترك معه طيبا مجموعا أو ذهبا أو فضة أو جواهر

لم يقطع بأخذ شيء من ذلك لأنه ليس بكفن مشروع فتركه فيه سفه وتضييع فلا يكون محرزاً ولا يقطع سارقه .

(فصل) وهل يفتقر في قطع النباش الى المطالبة ؟ يحتمل وجهين ، أحدهما يفتقر الى المطالبة كسائر المسروقات فعلى هذا المطالب الورثة لانهم يقومون مقام الميت في حقوقه وهذا من حقوقه .

والثاني : لا يفتقر الى طلب لان الطلب في السرقة من الاحياء شرع لئلا يكون المسروق مملوكا للسارق وقد يئس من ذلك ههنا .

« مسألة » قال (ولا يقطع في محرم ولا آلة لهو)

يعني لا يقطع في سرقة محرم كالخمر والخنزير والميتة ونحوها سواء سرقه من مسلم أو ذمي وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي .

وحكي عن عطاء أن سارق خمر الذمي يقطع وان كان مسلما لانه مال لهم أشبه ما لو سرق دراهمهم :

ولنا أنها عين محرمة فلا يقطع بسرقتها كالخنزير ولأن مالا يقطع بسرقته من مال المسلم لا يقطع بسرقته من الذمي كالميتة والدم وما ذكروه ينتقض بالخنزير ولا اعتبار به فإن الاعتبار بحكم الإسلام وهو يجري عليهم دون أحكامهم ، وهكذا الخلاف معه في الصليب اذا بلغت قيمته مع تأليفه نصابا وأما آلة اللهو كالطنبور والمزمار والشبابة فلا قطع فيه وان بلغت قيمته مفصلا نصابا وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال أصحاب الشافعي : ان كانت قيمته بعد زوال تأليفه نصابا ففيه القطع والا فلا لأنه سرق ما قيمته نصاب لا شبهة له فيه من حرز مثله وهو من أهل القطع فوجب قطعه كما لو كان ذهبا مكسوراً .

ولنا أنه آلة للمعصية بالاجماع فلم يقطع بسرقته كالخمر ولان له حقا في أخذها لكسرها فكان ذلك شبهة مانعة من القطع كاستحقاقه مال ولده ، فان كانت عليه حلية تبلغ نصابا فلا قطع فيه أيضا في قياس قول أبي بكر لأنه متصل بما لا قطع فيه فأشبه الخشب والاوتار ، وقال القاضي فيه القطع وهو مذهب الشافعي لانه سرق نصابا من حرزه فأشبه المنفرد .

(فصل) وإن سرق صليباً من ذهب أو فضة يبلغ نصابا متصلا فقال القاضي لا قطع فيه ، وهو قول أبي حنيفة .

وقال أبو الخطاب : يقطع سارقه ، وهو مذهب الشافعي ، ووجه المذهبين ما تقدم والفرق بين هذه المسألة وبين التي قبلها أن التي قبلها له كسره بحيث لاتبقى له قيمة تبلغ نصابا وههنا لو كسر الذهب والفضة بكل وجه لم تنقص قيمته عن النصاب ولأن الذهب والفضة جوهرهما غالب على الصنعة المحرمة فكانت الصناعة فيهما مغمورة بالنسبة الى قيمة جوهرهما وغيرهما بخلافهما فتكون الصناعة غالبة عليه فيكون تابعا للصناعة المحرمة فأشبه الإناء ولو سرق إناء من ذهب أو فضة قيمته نصاب إذا كان متكسراً فعليه القطع لأنه غير مجمع على تحريمه وقيمته بدون الصناعة المختلف فيها نصاب : وان سرق اناء معداً لحمل الخمر ووضعه فيه ففيه القطع لأن الإناء لا تحريم فيه وانما يحرم عليه بنيته وقصده فأشبه ما لو سرق سكينا معدة لذبح الخنازير أو سيفاً يعده لقطع الطريق ، وان سرق اناء فيه خمر يبلغ نصابا فقال أبو الخطاب يقطع ، وهو مذهب الشافعي لأنه سرق نصابا من حرز مثله لا شبهة له فيه ، وقال غيره من أصحابنا لا يقطع لأنه تبع لما لا قطع فيه فأشبه ما لو سرق مشتركا بينه وبين غيره .

قال أبو اسحاق بن شاقلا ولو سرق اداوة أو اناء فيه ماء فلا قطع فيه كذلك ولو سرق منديلا في طرفه دينار مشدود فعلم به فعليه القطع وان لم يعلم به فلا قطع فيه لأنه لم يقصد سرقته فأشبه ما لو تعلق بثوبه .

وقال الشافعي : يقطع لأنه سرق نصابا فأشبه ما لو سرق مالم يعلم أن قيمته نصاب والفرق بينهما أنه علم بالمسروق ههنا وقصد سرقته بخلاف الدينار فإنه لم يرده ولم يقصد أخذه فلا يؤاخذ به بإيجاب الحد عليه .

« مسألة » قال (ولا يقطع الوالد فيما أخذ من مال ولده لانه أخذ ماله أخذه ولا الوالدة فيما أخذت من مال ولدها ولا العبد فيما سرق من مال سيده)

وجملته . أن الوالد لا يقطع بالسرقة من مال ولده وان سفل وسواء في ذلك الاب والام والابن والبنت والجد والجدة من قبل الاب والام ، وهذا قول عامة

أهل العلم منهم مالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى وقال أبو ثور وابن المنذر القطع على كل سارق بظاهر الكتاب إلا أن يجمعوا على شىء فيستثنى .

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » وقول النبى صلى الله عليه وسلم « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه » ، وفى لفظ « فكلوا من كسب أولادكم » .

ولا يجوز قطع الانسان بأخذ ما أمر النبى صلى الله عليه وسلم بأخذه ولا أخذ ما جعله النبي صلى الله عليه وسلم مالا له مضافا اليه ولان الحدود تدرأ بالشبهات وأعظم الشبهات أخذ الرجل من مال جعله الشرع له وأمره بأخذه وأكله ، وأما العبد اذا سرق من مال سيده فلا قطع عليه فى قولهم جميعاً ووافقهم أبو ثور فيه وحكى عن داود أنه يقطع لعموم الآية .

ولنا : ما روى السائب بن يزيد قال : شهدت عمر بن الخطاب وقد جاءه عبدالله ابن عمرو بن الحضرمى بغلام له فقال : « إن غلامى هذا سرق فاقطع يده فقال عمر ما سرق ؟ قال سرق مرآة امرأتى ثمنها ستون درهما ، فقال ارسله لا قطع عليه ، خادمكم أخذ متاعكم ولكنه لو سرق من غيره قطع ، وفى لفظ قال مالكم سرق بعضه بعضا لا قطع عليه » رواه سعيد .

وعن ابن مسعود أن رجلا جاءه فقال عبد لى سرق قباء لعبد لى آخر فقال لا قطع ، مالك سرق مالك وهذه قضايا تشتهر ولم يخالفها أحد فتكون إجماعا وهذا يخص عموم الآية ، ولان هذا اجماع من اهل العلم لأنه قول من سمينا من الائمة ولم يخالفهم فى عصرهم أحد فلا يجوز خلافه بقول من بعدهم كما لا يجوز ترك اجماع الصحابة بقول واحد من التابعين .

(فصل) والمدبر وأم الولد والمكاتب كالقن فى هذا وبه قال الثورى واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ولا يقطع سيد المكاتب بسرقة ماله لأنه عبد ما بقى عليه درهم ، وكل من لا يقطع الانسان بسرقة ماله لا يقطع عبده بسرقة ماله كآبائه أولاده وغيرهم كل على اصله ، وقال ابو ثور يقطع بسرقة مال من عدا سيده ونحوه وقول مالك وابن المنذر .

ولنا: حديث عمر رضي الله عنه ولأن مالهم ينزل منزلة ماله في قطعه فكذلك في قطع عبده .

(فصل ولا يقطع الابن وان سفل بسرقة مال والده وان علا وبه قال الحسن والشافعي واسحاق والثوري وأصحاب الرأي وظاهر قول الخرقي أنه يقطع لأنه لم يذكره فيمن لاقطع عليه وهو قول مالك وأبي ثور وابن المنذر لظاهر الكتاب ولأنه يحد بالزنا بجاريته ويقاد بقتله فيقطع بسرقة ماله كالأجنبي . ووجه الاول ان بينهما قرابة تمنع قبول شهادة أحدهما لصاحبه فلم يقطع بسرقة ماله كالأب ولان النفقة تجب في مال الاب لابنه حفظاً له فلا يجوز إتلافه حفظا للمال ، وأما الزنا بجاريته فيجب به الحد لانه لا شبهة له فيها بخلاف المال .

(فصل) فأما سائر الاقارب كالاخوة والاخوات ، ومن عداهم فيقطع بسرقة مالهم ويقطعون بسرقة ماله وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة . لا يقطع بالسرقة من ذي رحم لانها قرابة تمنع النكاح وتبيح النظر وتوجب النفقة أشبه قرابة الولادة

ولنا : أنها قرابة لا تمنع الشهادة فلا تمنع القطع كقرابة غيره وفارق قرابة الولادة بهذا .

(فصل) وان سرق أحد الزوجين من مال الآخر فإن كان مما ليس محرزاً عنه فلا قطع فيه وان سرق مما أحرزه عنه ففيه روايتان .

إحداهما : لا قطع عليه وهي اختيار أبي بكر ومذهب أبي حنيفة لقول عمر رضي الله عنه لعبد الله بن عمرو بن الحضرمي حين قال له إن غلامي سرق مرآة إمرأتي: أرسله لا قطع عليه خادمكم أخذ متاعكم ، وإذا لم يقطع عبده بسرقه مالها فهو أولى ولأن كل واحد منهما يرث صاحبه بغير حجب ولا تقبل شهادته له ويتبسط في مال الآخر عادة فأشبه الوالد والولد .

والثانية : يقطع ، وهو مذهب مالك وأبي ثور وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخرقي لعموم الآية ولأنه سرق مالا محرزاً عنه لا شبهة له فيه أشبه الأجنبي وللشافعي كالروايتين وقول ثالث أن الزوج يقطع بسرقة مال الزوجة لأنه لا حق له فيه ولا تقطع بسرقة ماله لأن لها النفقة فيه .

(فصل) ولا قطع على من سرق من بيت المال إذا كان مسلما ويروى ذلك عن عمر وعلى رضى الله عنهما ، وبه قال الشعبي والنخعى والحكم والشافعى وأصحاب الرأى ؛ وقال حماد ومالك وابن المنذر يقطع لظاهر الكتاب .

ولنا ما روى ابن ماجه بإسناده عن ابن عباس أن عبداً من رقيق الخمس سرق من الخمس فدفع ذلك الى النبي صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال مال الله سرق بعضه بعضاً ويروى ذلك عن عمر رضي‌الله عنه وسأل ابن مسعود عمر عمن سرق من بيت المال فقال أرسله فما من أحد الا وله فى هذا المال حق .

وقال سعيد حدثنا هشيم أخبرنا مغيرة عن الشعبي عن على رضى الله عنه أنه كان يقول : ليس على من سرق من بيت المال قطع ولأن له فى المال حقا فيكون شبهة تمنع وجوب القطع كما لو سرق من مال له فيه شركة ومن سرق من الغنيمة ممن له فيها حق أو لولده أو لسيده أو لمن لا يقطع بسرقة ماله لم يقطع لذلك ، وان لم يكن من الغانمين ولا أحداً من هؤلاء الذين ذكرنا فسرق منها قبل اخراج الخمس لم يقطع لان له فى الخمس حقا ، وان أخرج الخمس فسرق من الأربعة الاخماس قطع وان سرق من الخمس لم يقطع ، وان قسم الخمس خمسة أقسام فسرق من خمس الله تعالى ورسوله لم يقطع ، وان سرق من غيره قطع الا أن يكون من أهل ذلك الخمس .

(فصل) وان سرق من الوقف أو من غلته وكان من الموقوف عليهم مثل أن يكون مسكينا سرق من وقف المساكين أو من قوم معينين عليهم وقف فلا قطع عليه لانه شريك وان كان من غيرهم قطع لانه لا حق له فيه .

فإن قيل : فقد قلتم لا يقطع بالسرقة من بيت المال من غير تفريق بين غنى وفقير فلم فرقتم ههنا ؟

قلنا . لان للغنى فى بيت المال حقا ولهذا قال عمر رضى الله عنه ما من احد الا وله فى هذا المال حق بخلاف وقف المساكين فإنه لا حق للغنى فيه .

(فصل) قال أحمد لا قطع فى المجاعة يعنى أن المحتاج اذا سرق ما يأكله فلا قطع عليه لانه كالمضطر .

وروى الجوزجاني عن عمر أنه قال لا قطع فى عام سنة وقال سألت أحمد عنه

فقلت تقول به ؟ قال أى لعمرى لا أقطعه اذا حملته الحاجة والناس فى شدة ومجاعة وعن الاوزاعى مثل ذلك وهذا محمول على من لا يجد ما يشتريه أو لا يجد ما يشترى به فإن له شبهة فى أخذ ما يأكله أو ما يشترى به ما يأكله .

وقد روى عن عمر رضى الله عنه أن غلمان حاطب بن أبى بلتعة انتحروا ناقة للمزنى فأمر عمر بقطعهم ثم قال لحاطب انى أراك تجيعهم ، فدرأ عنهم القطع لما ظنه يجيعهم ، فأما الواجد لما يأكله أو الواجد لما يشترى به وما يشتريه فعليه القطع وان كان بالثمن الغالى ، ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى ولا قطع على المرأة اذا منعها الزوج قدر كفايتها أو كفاية ولدها فأخذت من ماله سواء أخذت قدر ذلك أو أكثر منه لأنها تستحق قدر ذلك فالزائد يكون مشتركا بما يستحق أخذه ، ولا على الضيف اذا منع قراه فأخذ أيضا من مال المضيف لذلك .

« مسألة » قال (ولا يقطع الا بشهادة عدلين أو اعتراف مرتين)

وجملة ذلك : أن القطع انما يجب بأحد امرين بينة أو اقرار لا غير ، فأما البينة فيشترط فيها أن يكونا رجلين مسلمين حرين عدلين سواء كان السارق مسلما او ذميا وقد ذكرنا ذلك فى الشهادة فى الزنا بما اغنى عن اعادته ههنا ، ويشترط ان يصفا السرقه والحرز وجنس النصاب وقدره ليزول الاختلاف فيه فيقولان نشهد ان هذا سرق كذا قيمته كذا من حرز ويصفا الحرز ، وان كان المسروق منه غائبا فحضر وكيله وطالب بالسرقة احتاج الشاهدان ان يرفعا فى نسبه فيقولان من حرز فلان بن فلان بن فلان بحيث يتميز من غيره فإذا اجتمعت هذه الشروط وجب القطع فى قول عامتهم ، قال ابن المنذر : اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان قطع السارق يجب اذا شهد بالسرقة شاهدان حران مسلمان ووصفا ما يوجب القطع ، واذا وجب القطع بشهادتهما لم يسقط بغيبتهما ولا موتهما على ما مضى فى الشهادة بالزنا واذا شهدا بسرقة مال غائب ، فان كان له وكيل حاضر فطالب به قطع السارق والا فلا .

(فصل) واذا اختلف الشاهدان فى الوقت او المكان المسروق فشهد احدهما أنه سرق يوم الخميس والآخر أنه سرق يوم الجمعة او شهد أحدهما انه سرق من

هذا البيت وشهد الآخر أنه سرق من هذا البيت أو قال احدهما سرق ثوراً وقال الآخر سرق بقرة او قال سرق ثوراً ، وقال الآخر سرق حمارا لم يقطع فى قولهم جميعاً ، وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى

وان قال أحدهما سرق ثوبا أبيض وقال الاخر أسود او قال أحدهما سرق هرويا فقال الاخر مرويا لم يقطع ايضا ، وبه قال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر لانهما لم يتفقا على الشهادة بشىء واحد فأشبه مالو اختلفا فى الذكورية والأنوثية .

وقال ابو الخطاب يقطع وهو قول أبى حنيفة وأصحاب الرأى لان الاختلاف لم يرجع الى نفس الشهادة ويحتمل ان أحدهما غلب على ظنه انه هروى والاخر انه مروى او كان الثوب فيه سواد وبياض .

قال ابن المنذر : اللون أقرب الى الظهور من الذكورية والأنوثية فاذا كان اختلافهما فيما يخفى يبطل شهادتهما ففيما يظهر أولى : ويحتمل أن أحدهما ظن المسروق ذكراً وظنه الآخر أنثى فقد أوجب هذا رد شهادتهما فكذلك ههنا ،

الثانى : الاعتراف فيشترط فيه أن يعترف مرتين روى ذلك عن على (رض) وبه قال ابن أبى ليلى وأبو يوسف وزفر وابن شبرمة .

وقال عطاء والثورى وأبو حنيفة والشافعى ومحمد بن الحسن يقطع باعتراف مرة لأنه حق يثبت بالإقرار فلم يعتبر فيه التكرار كحق الادمى .

ولنا ماروى أبو داود باسناده عن أبى أمية المخزومى أن النبى (ص) أتى بلص قد اعترف فقال له « وما إخالك سرقت» قال بلى فأعاد عليه مرتين أو ثلاثا فامر به فقطع ولو وجب القطع بأول مرة لما أخره .

وروى سعيد عن هشيم وسفيان وأبى الاحوص وأبى معاوية عن الأعمش عن عبدالرحمن بن القاسم عن أبيه قال شهدت علياً وأتاه رجل فاقر بالسرقة فرده وفى لفظ فانتهره : وفى لفظ فسكت عنه وقال غير هؤلاء فطرده ثم عاد بعد ذلك فاقر فقال له على : شهدت على نفسك مرتين فأمر به فقطع . وفى لفظ : أقررت على نفسك مرتين ، ومثل هذا يشتهر فلم ينكر ولأنه يتضمن إتلافا فى حد فكان من شرطه التكرار كحد الزنا ولأنه أحد حجتى القطع فيعتبر فيه التكرار كالشهادة وقياسهم ينتقض بحد الزنا عند من اعتبر التكرار ، ويفارق حق الادمى لأن حقه

مبنى على الشح والتضييق ولا يقبل رجوعه عنه بخلاف مسألتنا .

(فصـــل) ويعتبر أن يذكر فى إقراره شروط السرقة من النصاب والحرز وإخراجه منه .

(فصل) والحر والعبد فى هذا سواء نص عليه أحمد وذلك لعموم النص فيهما ولما روى الأعمش عن القاسم عن أبيه أن عليا قطع عبداً أقر عنده بالسرقة ، وفى رواية قال كان عبداً يعنى الذى قطعه على ، ويعتبر أن يقر مرتين ؛ وروى مهنا عن أحمد إذا أقر العبد أربع مرات أنه سرق قطع ، وظاهر هذا أنه اعتبر إقراره أربع مرات ليكون على النصف من الحر والاول أصح لخبر على ولأنه إقرار بحد فاستوى فى عدده الحر والعبد كسائر الحدود .

« مسأله » قال (ولا ينزع عن اقراره حتى يقطع)

هذا قول أكثر الفقهاء ، وقال ابن أبى ليلى وداود لا يقبل رجوعه لأنه لو أقر لادمى بقصاص أو حق لم يقبل رجوعه عنه . ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم للسارق « ما إخالك سرقت » عرض له ليرجع ولانه حد لله تعالى ثبت بالاعتراف فقبل رجوعه عنه كحد الزنا ولأن الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعه عنه شبهة لاحتمال أن يكون كذب على نفسه فى اعترافه ولانه أحد حجتى القطع فيبطل بالرجوع عنه كالشهادة ولأن حجة القطع زالت قبل استيفائه فسقط كما لو رجع الشهود ، وفارق حق الآدمى فانه مبنى على الشح والضيق ولو رجع الشهود عن الشهادة بعد الحكم لم يبطل برجوعهم ولم يمنع استيفاءها .

اذا ثبت هذا : فانه اذا رجع قبل القطع سقط القطع ولم يسقط غرم المسروق لانه حق آدمى ، ولو أقر مرة واحدة لزمه غرامة المسروق دون القطع ، وان كان رجوعه وقد قطع بعض المفصل لم يتممه ان كان يرجى برؤه لكونه قطع قليلا ، وان قطع الاكثر فالمقطوع بالخيار انشاء تركه وانشاء قطعه ليستريح من تعليق كفه ، ولا يلزم القاطع قطعه لان قطعه تداو وليس بحد .

(فصـــل) قال أحمد لا بأس بتلقين السارق ليرجع عن اقراره ؛ وهذاقول عامة الفقهاء . روى عن عمر أنه أتى برجل فسأله أسرقت ؟ قل لا فقال لا : فتركه

وروى معنى ذلك عن أبي بكر الصديق وأبي هريرة وابن مسعود وأبي الدرداء ، وبه قال إسحاق وأبو ثور .

وقد روينا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال للسارق « ما إخالك سرقت ، وقال لماعز « لعلك قبلت أو لمست » .

وعن علي رضي الله عنه أن رجلا أقر عنده بالسرقة فانتهره ، وروى انه طرده وروى أنه رده ، ولا بأس بالشفاعة في السارق ما لم يبلغ الامام ، فإنه روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد وجب » وقال الزبير بن العوام في الشفاعة في الحد : يفعل ذلك دون السلطان فإذا بلغ الإمام فلا أعفاه الله إن أعفاه . وممن رأى ذلك الزبير وعمار وابن عباس وسعيد بن جبير والزهري والأوزاعي . وقال مالك . إن لم يعرف بشرٍ فلا بأس أن يشفع له ما لم يبلغ الإمام ، وأما من عرف بشر وفساد فلا أحب أن يشفع له أحد ولكن يترك حتى يقام الحد عليه . وأجمعوا على انه اذا بلغ الامام لم تجز الشفاعة فيه ، لأن ذلك إسقاط حق وجب لله تعالى ، وقد غضب النبي صلى الله عليه وسلم حين شفع أسامة في المخزومية التي سرقت وقال « أتشفع في حد من حدود الله تعالى ؟ » وقال ابن عمر من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضاد الله في حكمه .

« مسألة » قال (واذا اشترك الجماعة في سرقة قيمتها ثلاثة دراهم قطعوا)

وبهذا قال مالك وأبو ثور ، وقال الثوري وأبو حنيفة والشافعي وإسحاق : لا قطع عليهم إلا أن تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا ، لأن كل واحد لم يسرق نصابا فلم يجب عليه قطع كما لو انفرد بدون النصاب ، وهذا القول أحب اليَّ لأن القطع ههنا لا نص فيه ولا هو في معنى المنصوص والمجمع عليه فلا يجب والاحتياط بإسقاطه أولى من الاحتياط بإيجابه لانه مما يدرأ بالشبهات .

واحتج أصحابنا بأن النصاب أحد شرطي القطع ، فإذا اشترك الجماعة فيه كانوا كالواحد قياسا على هتك الحرز ؛ ولان سرقة النصاب فعل يوجب القطع فاستوى

فيه الواحد والجماعة كالقصاص ولم يفرق أصحابنا بين كون المسروق ثقيلا يشترك الجماعة فى حمله وبين أن يخرج كل واحد منه جزءا ونص أحمد على هذا ، وقال مالك ان انفرد كل واحد بجزء منه لم يقطع واحد منهم ، كما لو انفرد كل واحد من قاطعى اليد بقطع جزء منها لم يجب القصاص

ولنا انهم اشتركوا فى هتك الحرز وإخراج النصاب فلزمهم القطع كما لو كان ثقيلا فحملوه ، وفارق القصاص فإنه تعتمد المماثلة ولا توجد المماثلة إلا أن توجد أفعالهم فى جميع أجزاء اليد وفى مسألتنا القصد الزجر من غير اعتبار مماثلة والحاجة إلى الزجر عن إخراج المال ؛ وسواء دخلا الحرز معاً أو دخل أحدهما فأخرج بعض النصاب ثم دخل الاخر فأخرج باقيه لانهما اشتركا فى هتك الحرز واخراج النصاب فلزمهما القطع كما لو حملاه معا .

فصل

فإن كان أحد الشريكين ممن لا قطع عليه كأبي المسروق منه قطع شريكه فى أحد الوجهين كما لو شاركه فى قطع يد ابنه ، والثانى لا يقطع وهو أصح لأن سرقتهما جميعا صارت علة لقطعهما ، وسرقة الاب لا تصلح موجبة للقطع لأنه أخذ ماله أخذه بخلاف قطع يد ابنه فإن الفعل تمحض عدوانا ، وانما سقط القصاص لفضيلة الاب لا لمعنى فى فعله وههنا فعله قد تمكنت الشبهة منه فوجب أن لا يجب القطع به كاشتراك العامد والخاطىء .

وان أخرج كل واحد منهما نصابا وجب القطع على شريك الاب لانه انفرد بما يوجب القطع ، وان أخرج الاب نصابا وشريكه دون النصاب ففيه الوجهان ، وان اعترف اثنان بسرقة نصاب ثم رجع أحدهما فالقطع على الاخر لانه اختص بالاسقاط فيختص بالسقوط ، ويحتمل أن يسقط عن شريكه لان السبب السرقة منهما وقد اختل أحد جزأيها ، وكذلك لو أقر بمشاركة آخر فى سرقة نصاب ولم يقر الاخر ففى القطع وجهان .

(فصل) قال أحمد فى رجلين دخلا داراً احدهما فى سفلها جمع المتاع وشده بحبل والاخر فى علوها مد الحبل فرمى به وراء الدار فالقطع عليهما لانهما اشتركا فى اخراجه ، وان دخلا جميعا فأخرج احدهما المتاع وحده ، فقال اصحابنا القطع

عليهما وبه قال أبو حنيفة وصاحباه إذا أخرج نصابين ، وقال مالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر القطع على المخرج وحده لأنه هو السارق ، وإن أخرج أحدهما دون النصاب والآخر أكثر من نصاب فتمانصابين فعند أصحابنا وابى حنيفة وصاحبيه يجب القطع عليهما ، وعند الشافعى وموافقيه لا قطع على من لم يخرج نصابا ، فإن أخرج أحدهما نصابا والاخر دون النصاب فعند أصحابنا عليهم القطع وعند الشافعى القطع على مخرج النصاب وحده ، وعند ابى حنيفة لا قطع على واحد منهما لأن المخرج لم يبلغ نصبا بعدد السارقين ، وقد ذكرنا وجه ما قلنا فيما تقدم . وان نقبا حرزا ودخل أحدهما فقرب المتاع من النقب وأدخل الخارج يده فأخرجه فقال أصحابنا قياس قول أحمد أن القطع عليهما ، وقال الشافعى : القطع على الخارج لأنه مخرج المتاع . وقال ابو حنيفة لا قطع على واحد منهما .

ولنا أنهما اشتركا فى هتك الحرز واخراج المتاع فلزمهما القطع كما لو حملاه معا فأخرجاه ، وان وضعه فى النقب فمد الاخر يده فأخذه فالقطع عليهما ، ونقل عن الشافعى فى هذه المسألة قولان كالمذهبين فى الصورة التى قبلها

(فصل)

وان نقب أحدهما وحده ودخل الاخر وحده فأخرج المتاع فلا قطع على واحد منهما لأن الأول لم يسرق والثانى لم يهتك الحرز وإنما سرق من حرز هتكه غيره فأشبه ما لو نقب رجل وانصرف وجاء آخر فصادف الحرز مهتوكا فسرق منه . وإن نقب رجل وأمر غيره فأخرج المتاع فلا قطع أيضا على واحد منهما ؛ وإن كان المأمور صبيا مميزاً لأن المميز له اختيار فلا يكون آلة للآمر : كما لو أمره بقتل إنسان فقتله ، وان كان غير مميز وجب القطع على الآمر لأنه آلته . وإن اشترك رجلان فى النقب ودخل أحدهما فأخرج المتاع وحده أو أخذه وناوله للآخر خارجا من الحرز أو رمى به إلى خارج الحرز فأخذه الآخر فالقطع على الداخل وحده لأنه مخرج المتاع وحده مع المشاركة فى النقب ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر .

وقال أبو حنيفة : لا قطع عليهما لأن الداخل لم ينفصل عن الحرز ويده على السرقة فلم يلزمه القطع كما لو أتلفه داخل الحرز

ولنا أن المسروق خرج من الحرز ويده عليه فوجب عليه القطع كما لو خرج به ويخالف إذا أتلفه فإنه لم يخرجه من الحرز ،

« مسألة » قال (ولا يقطع وإن اعترف أو قامت بينة حتى يأتي مالك المسروق يدعيه .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال أبو بكر : يقطع ولا يفتقر الى دعوى ولا مطالبة ، وهذا قول مالك وأبي ثور وابن المنذر لعموم الاية ولأن موجب القطع ثبت فوجب من غير مطالبة كحد الزنا .

ولنا أن المال يباح بالبذل والاباحة فيحتمل أن مالكه أباحه إياه أو وقفه على المسلمين أو على طائفة السارق منهم أو أذن له في دخول حرزه فاعتبرت المطالبة لتزول هذه الشبهة ، وعلى هذا يخرج الزنا فإنه لا يباح بالاباحة ولأن القطع أوسع في الاسقاط ، ألا ترى أنه إذا سرق مال ابنه لم يقطع ؟ ولو زنى بجاريته حد ولأن القطع شرع لصيانة مال الادمي فله به تعلق فلم يستوف من غير حضور مطالب به والزنا حق لله تعالى محض فلم يفتقر الى طلب به .

إذا ثبت هذا : فإن وكيل المالك يقوم مقامه في الطلب ، وقال القاضي : إذا أقر بسرقة مال غائب حبس حتى يحضر الغائب لأنه يحتمل أن يكون قد أباحه ولو أقر بحق مطلق لغائب لم يحبس لأنه لا حق عليه لغير الغائب ولم يأمر بحبسه فلم يحبس وفي مسألتنا تعلق به حق الله تعالى وحق الادمي فحبس لما عليه من حق الله تعالى فإن كانت العين في يده أخذها الحاكم وحفظها للغائب وإن لم يكن في يده شيء فإذا جاء الغائب كان الخصم فيها .

(فصل) ولو أقر بسرقة من رجل فقال المالك لم تسرق مني ولكن غصبتني أو كان لي قبلك وديعة فجحدتني لم يقطع لان اقراره لم يوافق دعوى المدعي وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي ، وإن أقر أنه سرق نصابا من رجلين فصدقه أحدهما دون الاخر أو قال الاخر بل غصبتنيه أو جحدتنيه لم يقطع ، وبه قال أصحاب الرأي وقال أبو ثور : اذا قال الاخر غصبتنيه أو جحدتنيه قطع .

ولنا أنه لم يوافق على سرقة نصاب فلم يقطع كالتي قبلها، وان وافقاه جميعاً قطع

وان حضر أحدهما فطالب ولم يحضر الاخر لم يقطع لأن ما حصلت المطالبة به لا يوجب القطع بمفرده وان أقر أنه سرق من رجل شيئا فقال الرجل قد فقدته من مالى فينبغى أن يقطع لما روى عن عبد الرحمن بن ثعلبة الأنصارى عن أبيه « أن عمرو بن سمرة بن حبيب بن عبد شمس جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى سرقت جملا لبنى فلان فطهرنى فأرسل النبى صلى الله عليه وسلم اليهم فقالوا إنا افتقدنا جملا لنا فأمر به النبى صلى الله عليه وسلم فقطعت يده قال ثعلبة أنا أنظر اليه حين وقعت يده وهو يقول الحمد لله الذى طهرنى منك أردت أن تدخلى جسدى النار » أخرجه ابن ماجه .

(فصل) ومن ثبتت سرقته ببينة عادلة فأنكر لم يلتفت الى انكاره ، وان قال أحلفوه لى انى سرقت منه لم يحلف لان السرقة قد ثبتت بالبينة وفى احلافه عليها قدح فى الشهادة ، وان قال الذى أخذته ملك لى كان لى عنده وديعة أو رهنا او ابتعته منه أو وهبه لى أو أذن لى فى أخذه أو غصبه منى أو من أبى او بعضه لى فالقول قول المسروق منه مع يمينه لأن اليد ثبتت له فان حلف سقطت دعوى السارق ولا قطع عليه لأنه يحتمل ما قال ولهذا احلفنا المسروق منه ، وان نكل قضينا عليه بنكوله ، وهذه احدى الروايتين وهو منصوص الشافعى .

وعن احمد رواية اخرى انه يقطع لأن سقوط القطع بدعواه يؤدى الى ان لا يجب قطع سارق فتفوت مصلحة الزجر ، وعنه رواية ثالثة انه ان كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه والا سقط عنه القطع .

والاول اولى لان الحدود تدرأ بالشبهات وافضاؤه الى سقوط القطع لا يمتنع اعتباره كما ان الشرع اعتبر فى شهادة الزنا شروطا لا يقع معها اقامة حد ببينة ابداً على انه لا يفضى اليه لازما فان الغالب من السراق انهم لا يعلمون هذا ولا يهتدون اليه ، وانما يختص بعلم هذا الفقهاء الذين لا يسرقون غالبا ، وان لم يحلف المسروق منه قضى عليه وسقط الحد وجها واحداً .

كتاب قطاع الطريق

الأصل فى حكمهم قول الله تعالى (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من الأرض) وهذه الآية فى قول ابن عباس وكثير من العلماء نزلت فى قطاع الطريق من المسلمين ، وبه يقول مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وحكى عن ابن عمر أنه قال نزلت هذه الآية فى المرتدين .

وحكى ذلك عن الحسن وعطاء وعبد الكريم لأن سبب نزولها قصة العرنيين وكانوا ارتدوا عن الاسلام وقتلوا الرعاة فاستاقوا إبل الصدقة فبعث النبى صلى الله عليه وسلم من جاء بهم فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وألقاهم فى الحرة حتى ماتوا قال أنس فأنزل الله تعالى فى ذلك (إنما جزاء الذين يحاربون الله) الآية أخرجه أبو داود والنسائى ولأن محاربة الله ورسوله إنما تكون من الكفار لا من المسلمين .

ولنا قول الله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم) والكفار تقبل توبتهم بعد القدرة كما تقبل قبلها ويسقط عنهم القتل والقطع فى كل حال والمحاربة قد تكون من المسلمين بدليل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقى من الربا إن كنتم مؤمنين * فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله) .

« مسألة » قال (والمحاربون الذين يعرضون للقوم بالسلاح فى الصحراء فيغصبونهم المال مجاهرة)

وجملته أن المحاربين الذين تثبت لهم أحكام المحاربة التى نذكرها بعد تعتبر لهم شروط ثلاثة أحدها : أن يكون ذلك فى الصحراء ، فإن كان ذلك منهم فى القرى والأمصار فقد توقف أحمد رحمه الله فيهم وظاهر كلام الخرقى أنهم غير محاربين وبه قال أبو حنيفة والثورى وإسحاق لأن الواجب يسمى حد قطاع الطريق وقطع الطريق إنما هو فى الصحراء ولأن من فى المصر يلحق به الغوث غالبا فتذهب

شوكة المعتدين ويكونون مختلسين والمختلس ليس بقاطع ولا حد عليه ، وقال كثير من أصحابنا : هو قاطع حيث كان ، وبه قال الأوزاعى والليث والشافعى وأبو يوسف وأبو ثور لتناول الاية بعمومها كل محارب ولأن ذلك إذا وجد فى المصر كان أعظم خوفا وأكثر ضرراً فكان بذلك أولى .

وذكر القاضى أن هذا ان كان فى المصر مثل أن كبسوا داراً فكان أهل الدار بحيث لو صاحوا أدركهم الغوث فليس هؤلاء بقطاع طريق لأنهم فى موضع يلحقهم الغوث عادة ، وان حصروا قرية أو بلداً ففتحوه وغلبوا على أهله أو محلة منفردة بحيث لا يدركهم الغوث عادة فهم محاربون لأنهم لا يلحقهم الغوث فأشبه قطاع الطريق فى الصحراء .

الشرط الثانى : أن يكون معهم سلاح فإن لم يكن معهم سلاح فهم غير محاربين لأنهم لا يمنعون من يقصدهم ولا نعلم فى هذا خلافا ، فإن عرضوا بالعصى والحجارة فهم محاربون ، وبه قال الشافعى وأبو ثور ، وقال أبو حنيفة ليسوا محاربين لانه لا سلاح معهم .

ولنا أن ذلك من جملة السلاح الذى يأتى على النفس والطرف فأشبه الحديد

الشرط الثالث : أن يأتوا مجاهرة ويأخذوا المال قهراً .

فأما إن أخذوه مختفين فهم سراق وان اختطفوه وهربوا فهم منتهبون لا قطع عليهم وكذلك ان خرج الواحد والاثنان على آخر قافلة فاستلبوا منها شيئا فليسوا بمحاربين لانهم لا يرجعون الى منعة وقوة ، وان خرجوا على عدد يسير فقهروهم فهم قطاع طريق .

« مسألة » قال ﴿ فمن قتل منهم وأخذ المال قتل وإن عفا صاحب المال وصلب حتى يشتهر ودفع الى أهله ، ومن قتل منهم ولم يأخذ المال قتل ولم يصلب وان أخذ المال ولم يقتل قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى ، فى مقام واحد ثم حسمتا وخلى ﴾

روينا نحو هذا عن ابن عباس ؛ وبه قال قتادة ومجلز وحماد والليث والشافعى وإسحاق ، وعن أحمد أنه اذا قتل وأخذ المال قتل وقطع لأن كل واحدة من

الجنايتين توجب حدا منفردا فإذا اجتمعا وجب حدهما معا كما لو زنى وسرق .
وذهبت طائفه الى أن الامام مخير فيهم بين القتل والصلب والقطع والنفى لان أو تقتضى التخيير كقوله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة) وهذا قول سعيد بن المسيب وعطاء ومجاهد والحسن والضحاك والنخعى وأبى الزناد وأبى ثور وداود ، وروى عن ابن عباس ما كان فى القرآن (او) فصاحبه بالخيار

وقال أصحاب الرأى إن قتل قتل وان أخذ المال قطع وان قتل واخذ المال فالامام مخير بين قتله وصلبه وبين قتله وقطعه وبين ان يجمع له ذلك كله لانه قد وجد منه ما يوجب القتل والقطع فكان للامام فعلهما كما لو قتل وقطع فى غير قطع طريق ، وقال مالك : إذا قطع الطريق فرآه الامام جلداً ذا رأى قتله . وإن كان جلداً لا رأى له قطعه ولم يعتبر فعله .

ولنا على انه لا يقتل اذا لم يقتل قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا يحل دم امرىء مسلم إلا بإحدى ثلاث كفر بعد ايمان او زنا بعد احصان او قتل نفس بغير حق » فأما (او) فقد قال ابن عباس مثل قولنا ، فإما ان يكون توقيفاً او لغة وأيهما كان فهو حجة يدل عليه انه بدأ بالاغلظ فالاغلظ وعرف القرآن فيما أريد به التخيير البداءة بالاخف كـكفارة اليمين وما أريد به الترتيب بدىء فيه بالاغلظ فالاغلظ كـكفارة الظهار والقتل ويدل عليه أيضا ان العقوبات تختلف باختلاف الاجرام ولذلك اختلف حكم الزانى والقاذف والسارق ، وقد سووا بينهم مع اختلاف جناياتهم ، وهذا يرد على مالك فإنه انما اعتبر الجلد والرأى دون الجنايات وهو مخالف للأصول التى ذكرناها .

وأما قول ابى حنيفة : فلا يصح لان القتل لو وجب لحق الله تعالى لم يخير الامام فيه كقطع السارق وكما لو انفرد بأخذ المال ، ولان الحدود لله تعالى اذا كان فيها قتل سقط ما دونه كما لو سرق وزنى وهو محصن .

وقد روى عن ابن عباس قال : وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة (١) الاسلمى فجاء ناس يريدون الاسلام فقطع عليهم أصحابه فنزل جبريل عليه السلام

(١) فى الشرح أبا برزة

بالحد فيهم أن من قتل وأخذ المال قتل وصلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ، ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ، وقيل إنه رواه أبو داود وهذا كالمسند وهو نص ، فإذا ثبت هذا فإن قاطع الطريق لايخلو من أحوال خمس

الأولى : إذا قتل وأخذ المال فإنه يقتل ويصلب فى ظاهر المذهب وقتله متحتم لا يدخله عفو . أجمع على هذا كل أهل العلم . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم . روى ذلك عن عمر وبه قال سليمان بن موسى والزهرى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، ولأنه حد من حدود الله تعالى . فلم يسقط بالعفو كسائر الحدود ، وهل يعتبر التكافؤ بين القاتل والمقتول؟ فيه روايتان

إحداهما : لا يعتبر بل يؤخذ الحر بالعبد والمسلم بالذمى والأب بالابن لأن هذا القتل حد لله تعالى فلا تعتبر فيه المكافأة كالزنا والسرقة .

والثانية تعتبر المكافأة لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا يقتل مسلم بكافر » والحد فيه انحتامه بدليل أنه لو تاب قبل القدرة عليه سقط الانحتام ، ولم يسقط القصاص . فعلى هذه الرواية إذا قتل المسلم ذميا أو الحر عبداً أو أخذ ماله قطعت يده ورجله من خلاف لأخذه المال وغرم دية الذمى وقيمة العبد ، وان قتله ولم يأخذ مالا غرم ديته ونفى .

وذكر القاضى أنه إنما يتحتم قتله اذا قتله ليأخذ المال ، وان قتله لغير ذلك مثل أن يقصد قتله لعداوة بينهما فالواجب قصاص غير متحتم وإذا قتل صلب ، لقول الله تعالى (أو يصلبوا) والكلام فيه فى ثلاثة أمور .

أحدها فى وقته ووقته بعد القتل ، وبهذا قال الشافعى ، وقال الاوزاعى ومالك والليث وأبو حنيفة وابو يوسف : يصلب حيا ثم يقتل مصلوبا ، يطعن بالحربة لان الصلب عقوبة ، وإنما يعاقب الحى لا الميت ، ولانه جزاء على المحاربة فيشرع فى الحياة كسائر الاجزية ، ولان الصلب بعد قتله يمنع تكفينه ودفنه فلا يجوز .

ولنا أن الله تعالى قدم القتل على الصلب لفظا والترتيب بينهما ثابت بغير خلاف فيجب تقديم الاول فى اللفظ كقوله تعالى (ان الصفا والمروة من شعائر الله) ولان القتل اذا أطلق فى لسان الشرع كان قتلا بالسيف ، ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم « ان الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتل »

وأحسن القتل هو القتل بالسيف وفى صلبه حيا تعذيب له ، وقد نهى النبي (ص) عن تعذيب الحيوان

وقولهم انه جزاء على المحاربة ، قلنا . لو شرع لردعه لسقط بقتله كما يسقط سائر الحدود مع القتل ، وانما شرع الصلب ردعا لغيره ليشتهر أمره ، وهذا يحصل بصلبه بعد قتله . وقولهم يمنع تكفينه ودفنه . قلنا هذا لازم لهم لانهم يتركونه بعد قتله مصلوباً .

الثاني فى قدره ولا توقيت فيه الا قدر مايشتهر أمره . قال أبو بكر: لم يوقت أحمد فى الصلب فأقول : يصلب قدر ما يقع عليه الاسم والصحيح توقيته بما ذكر الخرقى من الشهرة لان المقصود يحصل به . وقال الشافعي : يصلب ثلاثا ، وهو مذهب ابى حنيفة ، وهذا توقيت بغير توقيف فلا يجوز مع انه فى الظاهر يفضى الى تغيره ونتنه وأذى المسلمين برائحته ونظره ويمنع تغسيله وتكفينه ودفنه ، فلا يجوز بغير دليل .

الثالث . فى وجوبه وهذا واجب حتم فى حق من قتل ، وأخذ المال لا يسقط بعفو ولا غيره ، وقال أصحاب الرأى: ان شاء الإمام صلب ، وان شاء لم يصلب .

ولنا حديث ابن عباس ان جبريل نزل بأن من قتل وأخذ المال صلب . ولانه شرع حداً فلم يتخير بين فعله وتركه كالقتل وسائر الحدود . اذا ثبت هذا فإنه اذا اشتهر أنزل ودفع الى أهله فيغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن

فصل

وان مات قبل قتله لم يصلب ، لأن الصلب من تمام الحد وقد فات الحد بموته فيسقط ما هو من تتمته ، وان قتل فى المحاربة بمثقل قتل كما لو قتل بمحدد لأنهما سواء فى وجوب القصاص بهما ، وان قتل بآلة لا يجب القصاص بالقتل بها كالسوط والعصا والحجر الصغير ، فظاهر كلام الخرقى : أنهم يقتلون أيضا لأنهم دخلوا فى العموم .

الحال الثاني : قتلوا ولم يأخذوا المال فإنهم يقتلون ولا يصلبون ، وعن أحمد رواية أخرى ، أنهم يصلبون لانهم محاربون يجب قتلهم فيصلبون كالذين أخذوا

المال ، والأولى أصح لأن الخبر المروى فيهم قال فيه « ومن قتل ولم يأخذ المال قتل » ولم يذكر صلبا ولأن جنايتهم بأخذ المال مع القتل تزيد على الجناية بالقتل وحده فيجب أن تكون عقوبتهم أغلظ ، ولو شرع الصلب ههنا لاستويا والحكم فى تحتم القتل وكونه حداً ههنا كالحكم فيه إذا قتل وأخذ المال .

(فصل) وإذا جرح المحارب جرحا فى مثله قصاص فهل يتحتم فيه القصاص؟ على روايتين .

إحداهما : لا يتحتم لأن الشرع لم يرد بشرع الحد فى حقه بالجراح ، فإن الله تعالى ذكر فى حدود المحاربين القتل والصلب والقطع والنفى فلم يتعلق بالمحاربة غيرها فلا يتحتم بخلاف القتل فانه حد فتحتم كسائر الحدود . فحينئذ لا يجب فيه أكثر من القصاص .

والثانية : يتحتم لأن الجراح تابعة للقتل فيثبت فيها مثل حكمه ، ولأنه نوع قود أشبه القود فى النفس ، والأولى أولى ، وان جرحه جرحا لا قصاص فيه كالجائفة فليس فيه الا الدية ، وان جرح انسانا وقتل آخر اقتص منه للجراح وقتل للمحاربة . وقال أبو حنيفة : تسقط الجراح لأن الحدود اذا اجتمعت وفيها قتل سقط ما سوى القتل .

ولنا أنها جناية يجب بها القصاص فى غير المحاربة فيجب بها فى المحاربة كالقتل ولا نسلم أن القصاص فى الجراح حد ، وانما هو قصاص متمحض فاشبه مالو كان الجرح فى غير المحاربة ، وان سلمنا انه حد فانه مشروع مع القتل فلم يسقط به كالصلب وكقطع اليد والرجل .

الحال الثالث : أخذ المال ولم يقتل فانه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى : وهذا معنى قوله سبحانه (من خلاف) وإنما قطعنا يده اليمنى للمعنى الذى قطعنا به يمنى السارق ثم قطعنا رجله اليسرى لتتحقق المخالفة وليكون أرفق به فى إمكان مشيه ، ولا ينتظر اندمال اليد فى قطع الرجل بل يقطعان معا يبدأ بيمينه فتقطع وتحسم ثم رجله لان الله تعالى بدأ بذكر الايدى ، ولا خلاف بين أهل العلم فى أنه لا يقطع منه غير يد ورجل إذا كانت يداه ورجلاه صحيحتين

فأما ان كان معدوم اليد والرجل ، اما لكونه قد قطع فى قطع طريق أو سرقة

أو قصاص أو لمرض فمقتضى كلام الخرقى سقوط القطع عنه سواء كانت اليد اليمنى والرجل اليسرى أو بالعكس ، لأن قطع زيادة على ذلك يذهب بمنفعة الجنس : إما منفعة البطش أو المشى أو كليهما ، وهذا مذهب أبى حنيفة

وعلى الرواية التى تستوفى أعضاء السارق الأربعة يقطع ما بقى من أعضائه ، فإن كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى وحـــدها ، ولو كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يمنى يديه ولم يقطع غير ذلك وجها واحداً وهو مذهب الشافعى ، ولا نعلم فيه خلافا لأنه وجد فى محل الحد مايستوفى فاكتفى باستيفائه ، كما لو كانت اليد ناقصة بخلاف التى قبلها ، وإن كان ما وجب قطعه أشل فذكر أهل الطب أن قطعه يفضى الى تلفه لم يقطع ، وكان حكمه حكم المعدوم . وإن قالوا لا يفضى إلى تلفه ففى قطعه روايتان ذكرناهما فى قطع السارق

الحال الرابع : إذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا ولم يأخذوا مالا

الحال الخامس : إذا تابوا قبل القدرة عليهم . ويأتى ذكر حكمهما إن شاء الله تعالى .

« مسألة » قال ﴿ ولا يقطع منهم إلا من أخذ ما يقطع السارق فى مثله ﴾

وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر ، وقال مالك وأبو ثور : للإمام أن يحكم عليه حكم المحارب لأنه محارب لله ولرسوله ساع فى الارض بالفســـاد فيدخل فى عموم الآية ، ولأنه لا يعتبر الحرز فكذلك النصاب .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا قطع الا فى ربع دينار » ولم يفصل ، ولأن هـذه جناية تعلقت بها عقوبة فى حق غير المحارب فلا تتغلظ فى المحارب بأكثر من وجه واحد كالقتل يغلظ بالانحتام كذلك ههنا تتغلظ بقطع الرجل معها ولا تتغلظ بما دون النصاب ، وأما الحرز فهو معتبر ، فإنهم لو أخذوا مالا مضيعا لا حافظ له لم يجب القطع ، وان أخذوا ما يبلغ نصابا ولا تبلغ حصة كل واحد منهم نصابا قطعوا على قياس قولنا فى السرقة ، وقياس قول الشافعى وأصحاب الرأى انه لا يجب القطع حتى تبلغ حصة كل واحد منهم نصــابا ، ويشترط أيضا

أن لا تكون لهم شبهة فيما يأخذونه من المال على ما ذكرنا فى المسروق .

« مسألة » قال (ونفيهم أن يشردوا فلا يتركوا يأوون فى بلد)

وجملته أن المحاربين إذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا ولم يأخذوا مالا فإنهم ينفون من الارض لقول الله تعالى (أو ينفوا من الارض)

ويروى عن ابن عباس أن النفي يكون فى هذه الحالة ، وهو قول النخعى وقتادة وعطاء الخراسانى ، والنفى هو تشريدهم عن الامصار والبلدان فلا يتركون يأوون بلداً ، ويروى نحو هذا عن الحسن والزهرى .

وعن ابن عباس أنه ينفى من بلده الى بلد غيره كنفى الزانى ، وبه قال طائفة من أهل العلم . قال أبو الزناد : كان منفى الناس إلى باضع من أرض الحبشة ، وذلك أقصى تهامة اليمن .

وقال مالك : يحبس فى البلد الذى ينفى اليه كقوله فى الزانى ، وقال أبو حنيفة : نفيه حبسه حتى يحدث توبة ، ونحو هذا قال الشافعى ، فإنه قال فى هذه الحال يعزرهم الإمام ، وإن رأى أن يحبسهم حبسهم ، وقيل عنه النفى طلب الامام لهم ليقيم فيهم حدود الله تعالى ، وروى ذلك عن ابن عباس

وقال ابن سريج : يحبسهم فى غير بلدهم ، وهذا مثل قول مالك ، وهذا أولى لان تشريدهم إخراج لهم الى مكان يقطعون فيه الطريق ويؤذون به الناس فكان حبسهم أولى . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى معناها أن نفيهم طلب الامام لهم ، فإذا ظفر بهم عزرهم بما يردعهم .

ولنا ظاهر الآية فان النفى الطرد والابعاد، والحبس إمساك وهما يتنافيان ، فأما نفيهم الى غير مكان معين فلقوله سبحانه (أو ينفوا من الارض) وهذا يتناول نفيه من جميعها ، وما ذكروه يبطل بنفى الزانى فانه ينفى الى مكان يحتمل أن يوجد منه الزنا فيه ولم يذكر أصحابنا قدر مدة نفيهم فيحتمل أن تتقدر مدته بما تظهر فيه توبتهم وتحسن سيرتهم ، ويحتمل أن ينفوا عاما كنفى الزانى

« مسألة » قال (فإن تابوا من قبل أن يقدر عليهم سقطت عنهم حدود الله تعالى وأخذوا بحقوق الآدميين من الانفس والجراح والاموال إلا أن يعفى لهم عنها)

لا نعلم فى هذا خلافا بين أهل العلم ، وبه قال مالك والشافعى وأصحاب الرأى وأبو ثور : والاصل فى هذا قول الله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فاعلموا أن الله غفور رحيم) فعلى هـذا يسقط عنهم تحتم القتل والصلب والقطع والنفى ، ويبقى عليهم القصاص فى النفس والجراح وغرامة المال والدية لما لا قصاص فيه .

فأما ان تاب بعد القدرة عليه لم يسقط عنه شىء من الحدود لقول الله تعالى (إلا الذين تابوا من قبل أن تقـدروا عليهم) فأوجب عليهم الحد ثم استثنى التائبين قبل القدرة ، فمن عداهم يبقى على قضية العموم ، ولانه اذا تاب قبل القدرة فالظاهر أنها توبة إخلاص ، وبعدها الظاهر انها تقية من إقامة الحد عليه ، ولان فى قبول توبته وإسقاط الحد عنه قبل القـدرة ترغيبا فى توبته والرجوع عن محاربته وافساده فناسب ذلك الاسقاط عنه ، وأما بعدها فلا حاجة الى ترغيبه لانه قد عجز عن الفساد والمحاربة .

(فصل) وان فعل المحارب ما يوجب حداً لا يختص المحاربة كالزنا والقذف وشرب الخمر والسرقة ، فذكر القاضى أنها تسقط بالتوبة لانها حدود لله تعالى فتسقط بالتوبة كحد المحاربة ، الا حـد القذف فإنه لا يسقط لانه حق آدمى ، ولأن فى اسقاطها ترغيبا فى التوبة ، ويحتمل أن لا تسقط لأنها لاتختص المحاربة فكانت فى حقه كهى فى حق غيره . وان أتى حداً قبل المحاربة ثم حارب وتاب قبل القـدرة عليه لم يسقط الحد الأول ، لأن التوبة انما يسقط بها الذنب الذى تاب منه دون غيره .

(فصل) وان تاب من عليه حد من غير المحاربين وأصلح ففيه روايتان :

احداهما : يسقط عنه لقول الله تعالى (واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فإن تابا وأصلحا فأعرضوا عنهما) وذكر حد السارق ثم قال (فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فإن الله يتوب عليه)

وقال النبى صلى الله عليه وسلم « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » ومن لاذنب له لا حد عليه ، وقال فى ماعز لما أخبر بهربه « هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه ؟ » ولانه خالص حق الله تعالى فيسقط بالتوبة كحد المحارب .

والرواية الثانية لا يسقط ، وهو قول مالك وابو حنيفة وأحد قولى الشافعى لقول الله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا عام فى التائبين وغيرهم . وقال تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) ولأن النبى صلى الله عليه وسلم رجم ماعزاً والغامدية وقطع الذى أقر بالسرقة ؛ وقد جاءوا تائبين يطلبون التطهير بإقامة الحد ، وقد سمى رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلهم توبة فقال فى حق المرأة « لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم » وجاء عمرو بن سمرة إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إنى سرقت جملا لبنى فلان فطهرنى ، وقد أقام رسول الله صلى الله عليه وسلم الحد عليهم ، ولأن الحد كفارة فلم يسقط بالتوبة ككفارة اليمين والقتل، ولأنه مقدور عليه فلم يسقط عنه الحد بالتوبة كالمحارب بعد القدرة عليه ، وإن قلنا بسقوط الحد بالتوبة فهل يسقط بمجرد التوبة أو بها مع إصلاح العمل ؟ فيه وجهان

أحدهما . يسقط بمجردها ، وهو ظاهر قول أصحابنا لانها توبة مسقطة للحد فاشبهت توبة المحارب قبل القدرة عليه .

والثانى : يعتبر إصلاح العمل لقول الله تعالى (فان تابا وأصلحا فاعرضوا عنهما) وقال (فمن تاب من بعد ظلمه وأصلح فان الله يتوب عليه) فعلى هذا القول يعتبر مضى مدة يعلم بها صدق توبته وصلاح نيته وليست مقدرة بمدة معلومة ؛ وقال بعض أصحاب الشافعى : مدة ذلك سنة ، وهذا توقيت بغير توقيف فلا يجوز .

(فصل) وحكم الردء من القطاع حكم المباشر ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة . وقال الشافعى : ليس على الردء إلا التعزير لأن الحد يجب بارتكاب المعصية فلا يتعلق بالمعين كسائر الحدود .

ولنا انه حكم يتعلق بالمحاربة فاستوى فيه الردء والمباشر ، كاستحقاق الغنيمة ، وذلك لأن المحاربة مبنية على حصول المنعة والمعاضدة والمناصرة ، فلا يتمكن المباشر من فعله إلا بقوة الردء بخلاف سائر الحدود ، فعلى هذا إذا قتل واحد منهم ثبت حكم القتل فى حق جميعهم فيجب قتل جميعهم . وان قتل بعضهم وأخذ بعضهم المال جاز قتلهم وصلبهم ، كما لو فعل الامرين كل واحد منهم

فصـــل

وإن كان فيهم صبي أو مجنون أو ذو رحم من المقطوع عليه لم يسقط الحد عن غيره فى قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة : يسقط الحد عن جميعهم ويصير القتل للأولياء إن شاءوا قتلوا وان شاءوا عفوا : لان حكم الجميع واحد فالشبهة فى فعل واحد شبهة فى حق الجميع .

ولنا أنها شبهة اختص بها واحد فلم يسقط الحد عن الباقين كما لو اشتركوا فى وطء امرأة ، وما ذكروه لا أصل له ، فعلى هذا لا حد على الصبي والمجنون ، وإن باشرا القتل وأخذا المال لأنهما ليسا من أهل الحدود وعليهما ضمان ماأخذا من المال فى أموالهما ودية قتيلهما على عاقلتهما ولا شيء على الرده لهما ، لانه اذا لم يثبت ذلك للمباشر لم يثبت لمن هو تبع له بطريق الاولى ، وان كان المباشر غيرهما لم يلزمهما شيء لأنهما لم يثبت فى حقهما حكم المحاربة وثبوت الحكم فى حق الرده ثبت بالمحاربة .

(فصل) وان كان فيهم امرأة ثبت فى حقها حكم المحاربة فتى قتلت وأخذت المال فحدها حد قطاع الطريق وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لايجب عليها الحد ولا على من معها لأنها ليست من أهل المحاربة كالرجل ، فأشبهت الصبي والمجنون ، ولنا أنها تحد فى السرقة فيلزمها حكم المحاربة كالرجل ، وتخالف الصبي والمجنون ولانها مكلفة يلزمها القصاص وسائر الحدود فلزمها هذا الحد كالرجل . اذا ثبت هذا فانها ان باشرت القتل أو أخذ المال ثبت حكم المحاربة فى حق من معها لانهم رده لها ، وان فعل ذلك غيرها ثبت حكمه فى حقها لانها رده له كالرجل سواء ، وان قطع أهل الذمة الطريق أو كان مع المحاربين المسلمين ذمى فهل ينتقض عهدهم بذلك؟ فيه روايتان ، فان قلنا ينتقض عهدهم حلت دماؤهم وأموالهم بكل حال ، وان قلنا لا ينتقض عهدهم حكمنا عليهم بما نحكم على المسلمين .

(فصل) واذا أخذ المحاربون المال وأقيمت فيهم حدود الله تعالى فان كانت الاموال موجودة ردت الى مالكها ، وان كانت تالفة أو معدومة وجب ضمانها على آخذها ، وهذا مذهب الشافعى ومقتضى قول أصحاب الرأى أنها ان كانت تالفة لم يلزمهم غرامتها كقولهم فى المسروق اذا قطع السارق، ووجه المذهبين ماتقدم فى

السرقة ويجب الضمان على الآخذ دون الردء لأن وجود الضمان ليس بحـد فلا يتعلق بغير المباشر له كالغصب والنهب ، ولو تاب المحاربون قبل القدرة عليهم وتعلقت بهم حقوق الادميين من القصاص والضمان لاختص ذلك بالمباشر دون الردء لذلك ، ولو وجب الضمان فى السرقة لتعلق بالمباشر دون الردء لما ذكرنا والله أعلم .

(فصل) اذا اجتمعت الحدود لم تخل من ثلاثة أقسام : القسم الاول : أن تكون خالصة لله تعالى فهى نوعان :

أحدهما . أن يكون فيها قتل ، مثل أن يسرق ويزنى وهو محصن ، ويشرب الخمر ويقتل فى المحاربة فهذا يقتل ويسقط ساثرها ، وهذا قول ابن مسعود وعطاء والشعبي والنخعي والأوزاعي وحماد ومالك وابى حنيفة ، وقال الشافعي : يستوفى جميعها لأن ما وجب مع غير القتل وجب مع القتل كقطع اليد قصاصاً

ولنا قول ابن مسعود قال سعيد : حدثنا حسان بن على حدثنا مجالد عن عامر عن مسروق عن عبد الله قال : اذا اجتمع حدان أحدهما القتل أحاط القتل بذلك وقال ابراهيم : يكفيه القتل

وقال حدثنا هشيم أخبرنا حجاج عن ابراهيم والشعبي وعطاء أنهم قالوا مثل ذلك ، وهـذه أقوال انتشرت فى عصر الصحابة والتابعين ولم يظهر لها مخالف فكانت اجماعا ، ولأنها حدود لله تعالى فيها قتل فسقط ما دونه كالمحارب اذا قتل وأخذ المال فإنه يكتفى بقتله ولا يقطع ، ولان هذه الحدود تراد لمجرد الزجر ومع القتل لا حاجة الى زجره ولا فائدة فيه فلا يشرع ، ويفارق القصـاص فإن فيه غرض التشفى والانتقام ولا يقصد منه مجرد الزجر . إذا ثبت هذا فإنه اذا وجد مايوجب الرجم والقتل للمحاربة أو القتل للردة أو لترك الصلاة فينبغى أن يقتل للمحاربة ويسقط الرجم ، لأن فى القتل للمحاربة حق آدمى فى القصـاص ، وانما أثرت المحاربة فى تحريمه وحق الادمى يجب تقديمه

النوع الثانى : أن لا يكون فيها قتل فإن جميعها يستوفى من غير خلاف نعلمه ويبدأ بالأخف فالاخف ، فإذا شرب وزنى وسرق حد للشرب أولا ثم حد للزنا ثم قطع للسرقة ، وان أخذ المـال فى المحاربة قطع لذلك ويدخل فيه القطع للسرقة

ولان محل القطعين واحد فتداخلا كالقتلين ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يتخير بين البداءة بحد الزنا وقطع السرقة ، لان كل واحد منهما ثبت بنص القرآن ثم يحد للشرب .

ولنا أن حد الشرب أخف فيقدم كحد القذف ، ولا نسلم أن حد الشرب غير منصوص عليه في السنة ومجمع على وجوبه ، وهذا التقديم على سبيل الاستحباب ولو بدأ بغيره جاز ووقع الموقع ، ولا يوالى بين هذه الحدود لانه ربما أفضى الى تلفه بل متى برأ من حد أقيم الذى يليه .

القسم الثانى : الحدود الخالصة للآدمى وهو القصاص وحد القذف ، فهذه تستوفى كلها ويبدأ بأخفها ، فيحد للقذف ثم يقطع ثم يقتل لانها حقوق للآدميين أمكن استيفاؤها فوجب كسائر حقوقهم ، وهذا قول الاوزاعى والشافعى . وقال أبو حنيفة : يدخل ما دون القتل فيه احتجاجا بقول ابن مسعود وقياسا على الحدود الخالصة لله تعالى .

ولنا أن ما دون القتل حق لادمى فلم يسقط به كذنوبهم وفارق حق الله تعالى فإنه مبنى على المسامحة .

القسم الثالث : أن تجتمع حدود الله وحدود الادميين ، وهذه ثلاثة أنواع

أحدها : أن لا يكون فيها قتل ، فهذه تستوفى كلها ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، وعن مالك أن حدى الشرب والقذف يتداخلان لاستوائهما فهما كالقتلين والقطعين .

ولنا أنهما حدان من جنسين لا يفوت بهما المحل فلم يتداخلا كحد الزنا والشرب ولا نسلم استواءهما فإن حد الشرب أربعون وحد القذف ثمانون ، وان سلم استواؤهما لم يلزم تداخلهما لأن ذلك لو اقتضى تداخلهما لوجب دخولها فى حد الزنا ، لان الاقل مما يتداخل يدخل فى الاكثر ، وفارق القتلين والقطعين لان المحل يفوت بالاول فيتعذر استيفاء الثانى وهذا بخلافه ، فعلى هذا يبدأ بحد القذف لانه اجتمع فيه معنيان: خفته وكونه حقا لادمى شحيح ، الا اذا قلنا حد الشرب أربعون فانه يبدأ به لخفته ثم بحد القذف وأيهما قدم فالاخر يليه ثم بحد الزنا فانه لا اتلاف فيه ثم بالقطع ، هكذا ذكره القاضى

وقال أبو الخطاب : يبدأ بالقطع قصاصا لأنه حق آدمى متمحض فاذا برأ حد للقذف إذا قلنا هو حق آدمى ثم بحد الشرب فاذا برأ حد للزنا لان حق الآدمى يجب تقديمه لتأكده .

النوع الثانى : أن تجتمع حدود لله تعالى وحدود لآدمى وفيها قتل فان حدود الله تعالى تدخل فى القتل سواء كان من حدود الله تعالى كالرجم فى الزنا والقتل للمحاربة أو الردة أو لحق آدمى كالقصاص لما قدمناه .

وأما حقوق الادمى فتستوفى كلها ثم إن كان القتل حقاً لله تعالى استوفيت الحقوق كلها متوالية لانه لابد من فوات نفسه فلا فائدة فى التأخير ، وان كان القتل حقاً لادمى انتظر باستيفائه الثانى برأه من الأول لوجهين .

أحدهما : أن الموالاة بينهما يحتمل أن تفوت نفسه قبل القصاص فيفوت حق الادمى والثانى : أن العفو جائز فتأخيره يحتمل أن يعفو الولى فيحيا بخلاف القتل حقا لله سبحانه .

النوع الثالث : أن يتفق الحقان فى محل واحد ويكون تفويتا كالقتل والقطع قصاصاً وحداً فان كان فيه ماهو خالص لحق الله تعالى كالرجم فى الزنا وماهو حق لادمى كالقصاص قدم القصاص لتأكد حق الادمى ، وان اجتمع القتل للقتل فى المحاربة والقصاص بدىء بأسبقهما لأن القتل فى المحاربة فيه حق لادمى أيضا فيقدم أسبقهما فان سبق القتل فى المحاربة استوفى ووجب لولى المقتول الاخر ديته فى مال الجانى ، وان سبق القصاص قتل قصاصاً ولم يصلب لأن الصلب من تمام الحد وقد سقط الحد بالقصاص فسقط الصلب كما لو مات ، ويجب لولى المقتول فى المحاربة ديته لأن القتل تعذر استيفاؤه وهو قصاص فصار الوجوب الى الدية وهكذا لو مات القاتل فى المحاربة وجبت الدية فى تركته لتعذر استيفاء القتل من القاتل ، ولو كان القصاص سابقا فعفا ولى المقتول استوفى المحاربة سواء عفا مطلقا أو الى الدية ، وهذا مذهب الشافعى .

وأما القطع فاذا اجتمع وجوب القطع فى يد أو رجل قصاصاً وحداً قدم القصاص على الحد المتمحض لله تعالى لما ذكرناه سواء تقدم سببه أو تأخر ، وان عفا ولى الجناية استوفى الحد فاذا قطع يداً وأخذ المال فى المحاربة قطعت يده

قصاصا وينتظر برؤه ، فإذا برأ قطعت رجله للمحاربة لأنهما حدان وإنما قدم القصاص فى القطع دون القتل لأن القطع فى المحاربة حد محض وليس بقصاص والقتل فيها يتضمن القصاص ولهذا لو فات القتل فى المحاربة وجبت الدية ولو فات القطع لم يجب له بدل .

وإذا ثبت أنه يقدم القصاص على القطع فى المحاربة فقطع يده قصاصا فان رجله تقطع وهل تقطع يده الأخرى؟ نظرنا فان كان المقطوع بالقصاص قد كان يستحق القطع بالمحاربة قبل الجناية الموجبة للقصاص فيه لم يقطع أكثر من العضو الباقى من العضوين اللذين استحق قطعهما لأن محل القطع ذهب بعارض حادث فلم يجب قطع بدله كما لو ذهبت بعدوان أو بمرض .

وعلى هذا لو ذهب العضوان جميعا سقط القطع عنه بالكلية ، وان كان سبب القطع قصاصا سابقا على محاربته أو كان المقطوع غير العضو الذى وجب قطعه فى المحاربة مثل أن وجب عليه القصاص فى يساره بعد وجوب قطع يمناه فى المحاربة فهل تقطع اليد الأخرى للمحاربة ؟ على وجهين بناء على الروايتين فى قطع يسرى السارق بعد قطع يمينه إن قلنا تقطع ثم قطعت ههنا والا فلا ، وان سرق وأخذ المال فى المحاربة قطعت يده اليمنى لأسبقهما فان كانت المحاربة سابقة قطعت يده اليمنى ورجله اليسرى فى مقام واحد وحسمتا ، وهل تقطع يسرى يديه للسرقة على الروايتين .

فان قلنا : تقطع انتظر برؤه من القطع للمحاربة لأنهما حدان . وان كانت السرقة سابقة قطعت يمناه للسرقه ولا تقطع رجله للمحاربة حتى تبرأ يده وهل تقطع يسرى يديه للمحاربة ؟ على وجهين .

(فصل) وان سرق وقتل فى المحاربة ولم يأخذ المال قتل حتما ولم يصلب ولم تقطع يده لأنهما حدان فيهما قتل فدخل ما دون القتل فيه ولم يصلب لأن الصلب من تمام حد قاطع الطريق إذا أخذ المال مع القتل ولم يوجد وهذان حدان كل واحد منهما منفصل عن صاحبه ، فاذا اجتمعا تداخلا وان قتل فى المحاربة جماعة قتل بالأول حتما وللباقين ديات أوليائهم لأن قتله استحق بقتل الأول وتحتم بحيث لا يسقط فتعينت حقوق الباقين فى الدية كما لو مات .

(فصل) إذا شهد عدلان على رجل أنه قطع عليهما الطريق وعلى فلان وأخذ متاعهم لم تقبل شهادتهما لأنهما صارا خصمين له بقطعه عليهما ، وإن قالا نشهد أن هذا قطع الطريق على فلان وأخذ متاعه قبلت شهادتهما ولم يسألها الحاكم هل قطع عليكما معه أم لا ؟ لأنه لا يسألهما مالم يدع عليهما ، وإن عاد المشهود له فشهد عليه أنه قطع عليهما الطريق وأخذ متاعهما لم تقبل شهادته لأنه صار عدواً له بقطعه الطريق عليه ، وإن شهد شاهدان أن هؤلاء عرضوا لنا فى الطريق وقطعوها على فلان قبلت شهادتهما لانه لم يثبت كونهما خصمين بما ذكراه .

كتاب الاشربة

الخمر محرم بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إنما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه — الى قوله — فهل أنتم منتهون ؟) .

وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم « كل مسكر خمر وكل خمر حرام » رواه أبو داود والامام أحمد ، وروى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة اليه » رواه أبو داود ، وثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم تحريم الخمر بأخبار تبلغ بمجموعها رتبة التواتر وأجمعت الأمة على تحريمه ، وإنما حكى عن قدامة بن مظعون وعمرو بن معديكرب وأبي جندل بن سهيل أنهم قالوا هي حلال لقول الله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية فبين لهم علماء الصحابة معنى هذه الايه وتحريم الخمر وأقاموا عليهم الحد لشربهم إياها فرجعوا إلى ذلك فانعقد الاجماع فمن استحلها الان فقد كذب النبي صلى الله عليه وسلم لأنه قد علم ضرورة من جهة النقل تحريمه فيكفر بذلك ويستتاب فان تاب وإلا قتل .

وروى الجوزجاني باسناده عن ابن عباس أن قدامة بن مظعون شرب الخمر فقال له عمر ما حملك على ذلك ؟ فقال إن الله عز وجل يقول (ليس على الذين

آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ، وانى من المهاجرين الاولين من أهل بدر وأحد فقال عمر للقوم أجيبوا الرجل فسكتوا عنه فقال لابن عباس أجبه فقال إنما أنزلها الله تعالى عذراً للماضين لمن شربها قبل أن تحرم وأنزل (إنما الخمر والميسر والأنصاب) حجة على الناس ثم سأل عمر عن الحد فيها فقال على بن أبي طالب إذا شرب هذى وإذا هذى افترى فاجلدوه ثمانين فجلده عمر ثمانين جلدة

وروى الواقدى أن عمر قال له أخطأت التأويل يا قدامة إذا اتقيت اجتنبت ما حرم الله عليك ، وروى الخلال بإسناده عن محارب بن دثار أن أناسا شربوا بالشام الخمر فقال لهم يزيد بن أبي سفيان شربتم الخمر ؟ قالوا : نعم بقول الله تعالى (ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا) الآية فكتب فيهم الى عمر بن الخطاب فكتب اليه إن أتاك كتابي هذا نهاراً فلا تنتظر بهم الى الليل وإن أتاك ليلا فلا تنتظر بهم نهارا حتى تبعث بهم الى لئلا يفتنوا عباد الله فبعث بهم الى عمر فشاور فيهم الناس فقال لعلى ما ترى ؟ فقال أرى أنهم قد شرعوا فى دين الله مالم يأذن الله فيه فإن زعموا أنها حلال فاقتلهم فقد أحلوا ما حرم الله ، وان زعموا أنها حرام فاجلدوهم ثمانين ثمانين فقد افتروا على الله ، وقد أخبرنا الله عز وجل بحد ما يفترى بعضنا على بعض فحدهم عمر ثمانين ثمانين .

إذا ثبت هذا : فالمجمع على تحريمه عصير العنب اذا اشتد وقذف زبده وما عداه من الاشربة المسكرة فهو محرم وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى .

« مسألة » قال (ومن شرب مسكرا قل أو كثر جلد ثمانين جلدة اذا شربها وهو مختار لشربها وهو يعلم أن كثيرها يسكر)

الكلام فى هذه المسألة فى فصول .

أحدها : أن كل مسكر حرام قليله وكثيره وهو خمر حكمه حكم عصير العنب فى تحريمه ووجوب الحد على شاربه ، وروى تحريم ذلك عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عمر وأبي هريرة وسعد بن أبي وقاص وأبي بن كعب وأنس وعائشة رضى الله عنهم ، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والقاسم وقتادة وعمر بن عبد العزيز ومالك والشافعى وأبو ثور وأبو عبيد وإسحاق .

وقال ابو حنيفة فى عصير العنب اذا طبخ فذهب ثلثاه ونقيع التمر والزبيب اذا طبخ وان لم يذهب ثلثاه ، ونبيذ الحنطة والذرة والشعير ونحو ذلك نقيعا كان أو مطبوخا كل ذلك حلال إلا ما بلغ السكر

فأما عصير العنب اذا اشتد وقذف زبده أو طبخ فذهب أقل من ثلثيه ونقيع التمر والزبيب اذا اشتد بغير طبخ فهذا محرم قليله وكثيره لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حرمت الخمرة لعينها والمسكر من كل شراب »

ولنا ما روى ابن عمر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كل مسكر خمر وكل خمر حرام» وعن جابر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ما أسكر كثيرة فقليله حرام » رواهما أبو داود والأثرم وغيرهما

وعن عائشة قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « كل مسكر حرام قال : وما أسكر منه الفرق فملء الكف منه حرام » رواه ابو داود وغيره ، وقال عمر رضى الله عنه نزل تحريم الخمر وهى من العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير والخمر ما خامر العقل متفق عليه ولأنه مسكر اشبه عصير العنب فأما حديثهم فقال أحمد ليس فى الرخصة فى المسكر حديث صحيح

وحديث ابن عباس رواه سعيد عن مسعر عن أبي عون عن ابن شداد عن ابن عباس قال . والمسكر من كل شراب، وقال ابن المنذر جاء أهل الكوفة بأحاديث معلولة ذكرناها مع عللها ، وذكر الأثرم أحاديثهم التى يحتجون بها عن النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة فضعفها كلها وبين عللها ، وقد قيل ان خبر ابن عباس موقوف عليه مع أنه يحتمل أنه أراد بالسكر المسكر من كل شراب فإنه يروى هو وغيره عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « كل مسكر حرام »

الفصل الثانى : انه يجب الحد على من شرب قليلا من المسكر او كثيراً ولا نعلم بينهم خلافا فى ذلك فى عصير العنب غير المطبوخ . واختلفوا فى سائرها فذهب إمامنا الى التسوية بين عصير العنب وكل مسكر وهو قول الحسن وعمر بن عبد العزيز وقتادة والأوزاعى ومالك والشافعى

وقالت طائفة : لا يحد الا أن يسكر ، منهم أبو وائل والنخعى وكثير من اهل الكوفة وأصحاب الرأى ، وقال أبو ثور : من شربه معتقداً تحريمه حد ومن

شربه متأولا فلا حد عليه لأنه مختلف فيه فأشبه النكاح بلا ولى .

ولنا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من شرب الخمر فاجلدوه » رواه أبو داود وغيره ، وقد ثبت أن كل مسكر خمر فيتناول الحديث قليله وكثيره ولأنه شراب فيه شدة مطربة فوجب الحد بقليله كالخمر ، والاختلاف فيه لا يمنع وجوب الحد فيها بدليل ما لو اعتقد تحريمها، وبهذا فارق النكاح بلا ولى ونحوه من المختلف فيه ، وقد حد عمر قدامة بن مظعون وأصحابه مع اعتقادهم حل ماشربوه والفرق بين هذا وبين سائر المختلف فيه من وجهين .

أحدهما : ان فعل المختلف فيه ههنا داعية إلى فعل ما أجمع على تحريمه وفعل سائر المختلف فيه يصرف عن جنسه من المجمع على تحريمه .

الثانى : أن السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم قد استفاضت بتحريم هذا المختلف فيه فلم يبق فيه لأحد عذر فى اعتقاد إباحته بخلاف غيره من المجتهدات . قال أحمد بن القاسم : سمعت أبا عبد الله يقول فى تحريم المسكر عشرون وجها عن النبي (ص) فى بعضها « كل مسكر خمر » وبعضها « كل مسكر حرام »

(فصــــل)

وان ثرد فى الخمر أو اصطبغ به أو طبخ به لحما فأكل من مرقته فعليه الحد لأن عين الخمر موجودة ، وكذلك ان لت به سويقا فأكله ، وان عجن به دقيقا ثم خبزه فأكله لم يحد لأن النار أكلت أجزاء الخمر فلم يبق إلا أثره ، وان احتقن بالخمر لم يحد لأنه ليس بشرب ولا أكل ، ولأنه لم يصل إلى حلقه فأشبه ما لو داوى به جرحه ، وان استعط به فعليه الحد لأنه أوصله إلى باطنه من حلقه ، ولذلك نشر الحرمة فى الرضاع دون الحقنة . وحكى عن أحمد أن على من احتقن به الحد لأنه أوصله الى جوفه ، والأول أولى لما ذكرناه والله أعلم .

الفصل الثالث فى قدر الحد وفيه روايتان : إحداهما أنه ثمانون ، وبهذا قال مالك والثورى وأبو حنيفه ومن تبعهم لإجماع الصحابة ، فإنه روى أن عمر استشار الناس فى حد الخمر ، فقال عبد الرحمن بن عوف اجعله كأخف الحدود ثمانين ، فضرب عمر ثمانين وكتب به الى خالد وأبى عبيدة بالشام

وروى أن علياً قال فى المشورة : انه اذا سكر هذى ، واذا هذى افترى ،

لحدوه حد المفترى . روى ذلك الجوزجانى والدارقطنى وغيرهما .

والرواية الثانية أن الحد أربعون ، وهو اختيار ابى بكر ومذهب الشافعى ، لان عليا جلد الوليد بن عقبة أربعين ثم قال : جلد النبي (ص) أربعين وأبو بكر أربعين وعمر ثمانين وكل سنه وهذا أحب الى ، رواه مسلم . وعن أنس قال « أتى رسول الله (ص) برجل قد شرب الخمر فضربه بالنعال نحواً من أربعين ثم أتى به أبو بكر فصنع مثل ذلك ، ثم أتى به عمر فاستشار الناس فى الحدود ، فقال ابن عوف : أقل الحدود ثمانون ، فضربه عمر » متفق عليه ، وفعل النبي (ص) حجة لا يجوز تركه بفعل غيره ، ولا ينعقد الاجماع على ماخالف فعل النبي (ص) وأبى بكر وعلى رضى الله عنهما ، فتحمل الزيادة من عمر على أنها تعزير يجوز فعلها اذا رآه الامام .

الفصل الرابع : أن الحد انما يلزم من شربها مختاراً لشربها فإن شربها مكرها فلا حد عليه ولا اثم سواء أكره بالوعيد والضرب أو ألجىء الى شربها بأن يفتح فوه وتصب فيه ، فان النبي (ص) قال « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وكذلك المضطر اليها لدفع غصة بها اذا لم يجد مائعا سواها ، فان الله تعالى قال فى آية التحريم (فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه) وان شربها لعطش نظرنا فان كانت ممزوجة بما يروى من العطش أبيحت لدفعه عند الضرورة كما تباح الميتة عند المخمصة وكإباحتها لدفع الغصة ، وقد روينا فى حديث عبدالله بن حذافة أنه أسره الروم ، فحبسه طاغيتهم فى بيت فيه ماء ممزوج بخمر ولحم خنزير مشوى ليأكله ويشرب الخمر وتركه ثلاثة أيام فلم يفعل ثم أخرجوه حين خشوا موته ، فقال والله لقد كان الله أحله لى فإنى مضطر ولكن لم أكن لأشمتكم بدين الاسلام ، وان شربها صرفا أو ممزوجة بشىء يسير لا يروى من العطش أو شربها للتداوى لم يبح له ذلك وعليه الحد . وقال أبو حنيفة : يباح شربها لهما : وللشافعية وجهان كالمذهبين ، ووجه ثالث : يباح شربها للتداوى دون العطش لانها حال ضرورة فأبيحت فيها كدفع الغصة وسائر ما يضطر اليه

ولنا ما روى الامام أحمد بإسناده عن طارق بن سويد أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال انما أصنعها للدواء ، فقال « انه ليس بدواء ولكنه داء »

وبإسناده عن مخارق أن النبي (ص) دخل على أم سلمة وقد نبذت نبيذا في جرة فخرج والنبيذ يهدر ، فقال « ما هذا ؟ » فقالت فلانة اشتكت بطنها فنقعت لها ، فدفعه برجله فكسره وقال « ان الله لم يجعل فيما حرم عليكم شفاء » ولأنه محرم لعينه فلم يبح للتداوي كلحم الخنزير ، ولأن الضرورة لا تندفع به فلم يبح كالتداوي بها فيما لا تصلح له .

الفصل الخامس : ان الحد إنما يلزم من شربها عالما أن كثيرها يسكر ، فأما غيره فلا حد عليه لأنه غير عالم بتحريمها ولا قاصد إلى ارتكاب المعصية بها ، فأشبه من زفت إليه غير زوجته ، وهذا قول عامة أهل العلم ، فأما من شربها غير عالم بتحريمها فلا حد عليه أيضا ، لأن عمر وعثمان قالا لا حد إلا على من علمه ، ولأنه غير عالم بالتحريم أشبه من لم يعلم أنها خمر ، واذا ادعى الجهل بتحريمها نظرنا فإن كان ناشئا ببلد الاسلام بين المسلمين لم تقبل دعواه ، لأن هذا لا يكاد يخفى على مثله فلا تقبل دعواه فيه ، وان كان حديث عهد بإســـلام أو ناشئا ببادية بعيدة عن البلدان قبل منه لأنه يحتمل ما قاله .

(فصـــل)

ولا يجب الحد حتى يثبت شربه بأحد شيئين الإقرار أو البينة ويكفي في الاقرار مرة واحدة في قول عامة أهل العلم ، لأنه حد لا يتضمن إتلافا فأشبه حد القذف ، وإذا رجع عن إقراره قبل رجوعه لانه حد لله سبحانه فقبل رجوعه عنه كسائر الحدود ولا يعتبر مع الاقرار وجود رائحة

وحكي عن أبي حنيفة لا حد عليه إلا أن توجد رائحة ، ولا يصح لانه أحد بينتي الشرب فلم يعتبر معه وجود الرائحة كالشهادة ، ولأنه قد يقر بعد زوال الرائحة عنه ، ولانه إقرار بحد فاكتفى به كسائر الحدود

(فصل) ولا يجب الحد بوجود رائحة الخمر من فيه في قول أكثر أهل العلم منهم الثوري وأبو حنيفة والشافعي ، وروى أبو طالب عن أحمد انه يحد بذلك ، وهو قول مالك لان ابن مسعود جلد رجلا وجد منه رائحة الخمر

وروي عن عمر أنه قال : إني وجدت من عبيد الله ريح شراب ، فأقر أنه شرب الطلا ، فقال عمر إني سائل عنه فإن كان يسكر جلدته ، ولان الرائحة تدل على

شربه فجرى مجرى الإقرار ، والأول أولى لأن الرائحة يحتمل أنه تمضمض بها أو حسبها ماء فلما صارت فى فيه مجها أو ظنها لا تسكر أو كان مكرها أو أكل نبقا بالغاً أو شرب شراب التفاح فإنه يكون منه كرائحة الخمر وإذا احتمل ذلك لم يجب الحد الذى يدرأ بالشبهات ، وحديث عمر حجة لنا فإنه لم يحده بوجود الرائحة ولو وجب ذلك لبادر اليه عمر والله أعلم .

(فصل) وان وجد سكران أو تقيأ الخمر فمن أحمد لا حد عليه لاحتمال أن يكون مكرها أو لم يعلم أنها تسكر ، وهذا مذهب الشافعى ، ورواية أبى طالب عنه فى الحد بالرائحة يدل على وجوب الحد ههنا بطريق الأولى لأن ذلك لا يكون إلا بعد شربها فأشبه ما لو قامت البينة عليه بشربها .

وقد روى سعيد حدثنا هشيم حدثنا المغيرة عن الشعبى قال : لما كان من أمر قدامة ما كان جاء علقمة الخصى فقال أشهد أنى رأيته يتقيؤها فقال عمر من قاءها فقد شربها فضربه الحد .

وروى حصين بن المنذر الرقاشى قال « شهدت عثمان وأتى بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أحدهما أنه رآه شربها وشهد الاخر أنه رآه يتقيؤها ، فقال عثمان إنه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلى أقم عليه الحد فأمر على عبد الله بن جعفر فضربه » رواه مسلم .

وفى رواية له فقال : عثمان لقد تنطعت فى الشهادة ، وهذا بحضر من علماء الصحابة وسادتهم ولم ينكر فكان اجماعا ولأنه يكفى فى الشهادة عليه أنه شربها ولا يتقيؤها أو لا يسكر منها حتى يشربها .

(فصل) وأما البينة فلا تكون الا رجلين عدلين مسلمين يشهدان أنه مسكر ولا يحتاجان الى بيان نوعه لأنه لا ينقسم الى ما يوجب الحد والى مالا يوجبه بخلاف الزنا فانه يطلق على الصريح وعلى دواعيه ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم « العينان تزنيان واليدان تزنيان والفرج يصدق ذلك أو يكذبه » فلهذا احتاج الشاهدان الى تفسيره ، وفى مسألتنا لا يسمى غـير المسكر مسكراً فلم يفتقر الى ذكر نوعه ولا يفتقر فى الشهادة الى ذكر عدم الاكراه ولا ذكر علمه أنه مسكر لان الظاهر الاختيار والعلم وما عداهما نادر بعيد فلم يحتج الى بيانه ولذلك لم يعتبر

ذلك فى شىء من الشهادات ولم يعتبره عثمان فى الشهادة على الوليد بن عقبة ولا اعتبره عمر فى الشهادة على قدامة بن مظعون ولا فى الشهادة على المغيرة بن شعبة ولو شهدا بعتق أو طلاق لم يفتقر الى ذكر الاختيار كذا ههنا .

« مسألة » قال (فإن مات فى جلده فالحق قتله يعنى ليس على أحد ضمانه)

وهذا قول مالك وأصحاب الرأى ؛ وبه قال الشافعى ان لم يزد على الأربعين وان زاد على الاربعين فمات فعليه الضمان لان ذلك تعزير انما يفعله الامام برأيه وفى قدر الضمان قولان .

أحدهما : نصف الدية لأنه تلف من فعلين مضمون وغير مضمون فكان عليه نصف الضمان .

والثانى : تقسط الدية على عدد الضربات كلها فيجب من الدية بقدر زيادته على الاربعين ، وروى عن على رضى الله عنه أنه قال ما كنت لاقيم حداً على أحد فيموت فأجد فى نفسى منه شيئاً الا صاحب الخمر ولو مات وديته ، لان النبى صلى الله عليه وسلم لم يسنه لنا .

ولنا أنه حد وجب لله فلم يجب ضمان من مات به كسائر الحدود وما زاد على الاربعين قد ذكرنا أنه من الحد ، وان كان تعزيراً فالتعزير يجب فهو بمنزلة الحد وأما حديث على فقد صح عنه أنه قال جلد رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعين وأبو بكر أربعين وثبت الحد بالاجماع فلم تبق فيه شبهة .

(فصل) ولا نعلم بين أهل العلم خلافا فى سائر الحدود أنه اذا أتى بها على الوجه المشروع من غير زيادة أنه لا يضمن من تلف بها وذلك لانه فعلها بأمر الله وأمر رسوله فلا يؤاخذ به ولانه نائب عن الله تعالى فكان التلف منسوبا الى الله تعالى وان زاد على الحد فتلف وجب الضمان بغير خلاف نعلمه لانه تلف بعدوانه فأشبه ما لو ضربه فى غير الحد .

قال أبو بكر : وفى قدر الضمان قولان . أحدهما : كال الدية لانه قتل حصل من جهة الله وعدوان الضارب فكان الضمان على العادى كما لو ضرب مريضا سوطا

فمات به ولأنه تلف بعدوان وغيره فأشبه مالو ألقى على سفينة موقرة حجراً فغرقها والثاني: عليه نصف الضمان لأنه تلف بفعل مضمون وغـــير مضمون فكان الواجب نصف الدية كما لو جرح نفسه وجرحه غيره فمات، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي في أحد قوليه.

وقال في الآخر يجب من الدية بقسط ما تعدى به تقسط الدية على الأسواط كلها وسواء زاد خطأ أو عمداً لأن الضمان يجب في الخطأ والعمد ثم ينظر فإن كان الجلاد زاده من عند نفسه بغير أمر فالضمان على عاقلته، لأن العدوان منه، وكذلك ان قال الإمام له اضرب ما شئت فالضمان على عاقلته، وإن كان له من يعد عليه فزاد في العدد ولم يخبره فالضمان على من يعد سواء تعمد ذلك أو أخطأ في العدد لأن الخطأ منه، وان أمره الإمام بالزيادة على الحد فزاد فقال القاضي الضمان على الامام، وقياس المذهب أنه إن اعتقد وجوب طاعة الامام وجهل تحريم الزيادة فالضمان على الامام، وان كان عالما بذلك فالضمان عليه كما لو أمره الامام بقتل رجل ظلما فقتله: وكل موضع قلنا يضمن الامام فهل يلزم عاقلته أو بيت المال؟ فيه روايتان.

أحدهما: هو في بيت المـــال لان خطأه يكثر فلو وجب ضمانه على عاقلته أجحف بهم، قال القاضي: هذا أصح.

والثانية هو على عاقلته لأنها وجبت بخطئه فكانت على عاقلته كما لو رمى صيداً فقتل آدمياً، ويحتمل أن تكون الروايتان إنما هما فيما إذا وقعت الزيادة منه خطأ أما إذا تعمدها فهذا ظلم قصده فلا وجه لتعلق ضمانه ببيت المـال بحال كما لو تعمد جلد من لا حد عليه، وأما الكفارة التي تلزم الامام فلا يحملها عنه غيره لأنها عبادة فلا تتعلق بغير من وجد منه سببها ولأنها كفارة لفعله فلا تحصل الا بتحمله إياها، ولهذا لا يدخلها التحمل بحال.

(فصل) ولا يقام الحد على السكران حتى يصحو، روى هذا عن عمر بن عبد العزيز والشعبي، وبه قال الثوري وأبو حنيفه والشافعي لأن المقصود الزجر والتنكيل وحصوله بإقامة الحد عليه في صحوه أتم فينبغي أن يؤخر اليه.

(فصل) وحد السكر الذي يحصل به فسق شارب النبيذ ويختلف معه في وقوع

طلاقه ويمنع صحة الصلاة منه هو الذى يجعله يخلط فى كلامه مالم يكن قبل الشرب ويغيره عن حال صحوه ويغلب على عقله ، ولا يميز بين ثوبه وثوب غيره عند اختلاطهما ولا بين نعله ونعل غيره ، ونحو هذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد وأبو ثور ، وزعم أبو حنيفة أن السكران هو الذى لا يعرف السماء من الأرض ولا الرجل من المرأة

ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون) نزلت فى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قدموا رجلا منهم فى الصلاة فصلى بهم وترك فى قراءته ما غير المعنى وقد كانوا قاموا الى الصلاة عالمين بها وعرفوا إمامهم وقدموه ليؤمهم وقصد إمامتهم والقراءة لهم وقصدوا الائتمام به وعرفوا أركان الصلاة فأتوا بها ودلت الآية على أنه مالم يعلم ما يقول فهو سكران ، وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بسكران فقال « ما شربت ؟ » فقال ما شربت إلا الخليطين ، وأتى بآخر سكران فقال ألا أبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم أنى ما سرقت ولا زنيت فهؤلاء قد عرفوا رسول الله صلى الله عليه وسلم واعتذروا اليه وهم سكارى ، وفى حديث حمزة عم النبى صلى الله عليه وسلم حين غنته قينة وهو سكران :

ألا يا حمز للشرف النواء وهن معقلات بالفناء

وكان على أناخ شارفين له بفناء البيت الذى فيه حمزة فقام اليها فبقر بطونها واجتث أسنمتها فذهب على فاستعدى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا حمزة محمرة عيناه فلامه النبى صلى الله عليه وسلم فنظر اليه والى زيد بن حارثة فقال وهل أنتم إلا عبيد لأبى ؟ فانصرف عنه رسول الله فقد فهم ما قالت القينة فى غنائها وعرف الشارفين وهو فى غاية سكره ولان المجنون الذاهب العقل بالكلية يعرف السماء من الارض والرجل من المرأة مع ذهاب عقله ورفع القلم عنه .

« مسألة » قال (ويضرب الرجل فى سائر الحدود قائما بسوط لا خلق ولا جديد ولا يمد ولا يربط ويتقى وجهه)

قوله : فى سائر الحدود يعنى جميع الحدود التى فيها الضرب ، وفى هذه المسألة

ثلاث مسائل . أحدها : ان الرجل يضرب قائماً ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى ، وقال مالك . يضرب جالسا رواه حنبل عن أحمد لأن الله تعالى لم يأمر بالقيام ولانه مجلود فى حد فأشبه المرأة .

ولنا : قول على رضى الله عنه : لكل موضع فى الجسد حظ يعنى فى الحد إلا الوجه والفرج وقال للجلاد اضرب وأوجع واتق الرأس والوجه ولأن قيامه وسيلة إلى إعطاء كل عضو حظه من الضرب ، وقوله : ان الله لم يأمر بالقيام. قلنا ولم يأمر بالجلوس ولم يذكر الكيفيه فعلمناها من دليل آخر ولا يصح قياس الرجل على المرأة فى هذا لأن المرأة يقصد سترها ويخشى هتكها

اذا ثبت هذا : فإن الضرب يفرق على جميع جسده ليأخذ كل عضو منه حصته ويكثر منه فى مواضع اللحم كالأليتين والفخذين ويتقى المقاتل وهى الرأس والوجه والفرج من الرجل والمرأة جميعا ، وقال مالك يضرب الظهر وما يقاربه ، وقال أبو يوسف يضرب الرأس ايضا لأن عليا لم يستثنه .

ولنا على مالك قول على ولان ماعدا الاعضاء الثلاثة ليس بمقتل فأشبهت الظهر وعلى أبى يوسف ان الرأس مقتل فاشبه الوجه ولانه ربما ضربه فى رأسه فذهب بسمعه وبصره وعقله او قتله والمقصود أدبه لا قتله . وقولهم لم يستثنه على ممنوع فقد ذكرنا عنه انه قال : اتق الرأس والوجه ولو لم يذكره صريحا فقد ذكره دلالة لانه فى معنى ما استثناه فيقاس عليه .

المسأله الثانيه : انه لا يمد ولا يربط ولا نعلم عنهم فى هذا خلافا . قال ابن مسعود : ليس فى ديننا مد ولا قيد ولا تجريد ، وجلد أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينقل عن احد منهم مد ولا قيد ولا تجريد ولا تنزع عنه ثيابه بل يكون عليه الثوب والثوبان ، وان كان عليه فرو أو جبة محشوة نزعت عنه لانه لو ترك عليه ذلك لم يبال بالضرب

قال أحمد لو تركت عليه ثياب الشتاء ما بالى بالضرب وقال مالك يجرد لان الأمر بجلده يقتضى مباشرة جسمه .

ولنا : قول ابن مسعود ولم يعلم عن أحد من الصحابه خلافه والله تعالى لم يأمر بتجريده إنما أمر بجلده ومن جلد فوق الثوب فقد جلد .

المسألة الثالثة : أن الضرب بالسوط ، ولا نعلم بين أهل العلم خلافا فى هذا فى غير حد الخمر . فأما حد الخمر فقال بعضهم : يقام بالايدى والنعال وأطراف الثياب . وذكر بعض أصحابنا أن للامام فعل ذلك اذا رآه لما روى أبو هريرة « أن رسول الله (ص) أتى برجل قد شرب فقال اضربوه ، قال فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه » رواه أبو داود

ولنا أن النبى (ص) قال « اذا شرب الخمر فاجلدوه » والجلد إنما يفهم من إطلاقه الضرب بالسوط ، ولانه أمر بجلده كما أمر الله تعالى بجلد الزانى فكان بالسوط مثله ، والخلفاء الراشدون ضربوا بالسياط وكذلك غيرهم ، فكان اجماعا . فأما حديث أبى هريرة فكان فى بدء الامر ، ثم جلد النبى (ص) واستقرت الامور ، فقد صح أن النبى (ص) جلد أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وجلد على الوليد بن عقبة أربعين .

وفى حديث : جلد قدامة حين شرب أن عمر قال ائتونى بسوط ، فجاءه أسلم مولاه بسوط دقيق صغير ، فأخذه عمر فمسحه بيده ثم قال لاسلم : أنا أحدثك أنك ذكرت قرابته لأهلك ، ائتنى بسوط غير هذا ، فأتاه به تاما ، فأمر عمر بقدامة فجلد .

* * *

اذا ثبت هذا فإن السوط يكون وسطا لا جديدا فيجرح ، ولا خلقا فيقل ألمه لما روى أن رجلا اعترف عند رسول الله (ص) بالزنا ، فدعا له رسول الله صلى الله عليه بسوط ، فأتى بسوط مكسور ، فقال فوق هذا ، فأتى بسوط جديد لم تكسر ثمرته ، فقال بين هذين » رواه مالك عن زيد بن أسلم مرسلا . وروى عن أبى هريرة مسندا .

وقد روى عن على رضى الله عنه أنه قال : ضرب بين ضربين وسوط بين سوطين . وهكذا الضرب يكون وسطا ، لا شديد فيقتل ولا ضعيف فلا يردع ولا يرفع باعه كل الرفع ولا يحطه فلا يؤلم . قال أحمد : لا يبدى أبطه فى شىء من الحدود ، يعنى لا يبالغ فى رفع يده ، فإن المقصود أدبه لا قتله

« مسألة » قال (وتضرب المرأة جالسة وتمسك يداها لئلا تنكشف)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك ، وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف : تحد قائمة كما تلاعن . ولنا ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال : تضرب المرأة جالسة والرجل قائما ولأن المرأة عورة وجلوسها أستر لها ، ويفارق اللعان فإنه لا يؤدى الى كشف العورة وتشد عليها ثيابها لئلا ينكشف شيء من عورتها عند الضرب .

(فصـــل)

أشد الضرب في الحد ضرب الزاني ثم حد القذف ثم حد الشرب ثم التعزير . وقال مالك . كلها واحد ، لأن الله تعالى أمر بجلد الزاني والقاذف أمراً واحداً ، ومقصود جميعها واحد وهو الزجر ، فيجب تساويها في الصفة . وعن ابي حنيفة التعزير أشدها ثم حد الزاني ثم حد الشرب ثم حد القذف

ولنا أن الله تعالى خص الزاني بمزيد تأكيد بقوله سبحانه (ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله) فاقتضى ذلك مزيد تأكيد فيه ، ولا يمكن ذلك في العدد فتعين جعله في الصفة ، ولأن ما دونه أخف منه عدداً فلا يجوز أن يزيد عليه في إيلامه ووجعه لأنه يفضي إلى التسوية بينهما أو زيادة القليل على ألم الكثير .

« مسألة » قال (ويجلد العبد والأمة أربعين بدون سوط الحر)

هذا على الرواية التي تقول : ان حد الحر في الشرب ثمانون فحد العبد والأمة نصفها أربعون ، وعلى الرواية الأخرى حدهما عشرون نصف حد الحر بدون سوط الحر لأنه لما خفف عنه في عدده خفف عنه في صفته كالتعزير مع الحد ؛ ويحتمل أن يكون سوطه كسوط الحر لأنه إنما يتحقق التنصيف اذا كان السوط مثل السوط ، أما اذا كان نصفا في عدده وأخف منه في سوطه كان أقل من النصف والله سبحانه وتعالى قد أوجب النصف بقوله تعالى (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب)

(فصل) ولا تقام الحدود في المساجد ، وبهذا قال عكرمة والشعبي وأبو حنيفة ومالك والشافعي وإسحاق ، وكان ابن أبي ليلى يرى إقامته في المسجد .

ولنا ماروى حكيم بن حزام « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى أن يستقاد

فى المسجد وأن تنشد فيه الاشعار وان تقام فيه الحدود » وروى عن عمر « أنه أتى برجل فقال أخرجاه من المسجد فاضرباه » وعن على « انه أتى بسارق فقال يا قنبر أخرجه من المسجد فاقطع يده » ولأن المساجد لم تبن لهذا إنما بنيت للصلاة وقراءة القرآن وذكر الله تعالى ، ولا نأمن أن يحدث من المحدود حدث فينجسه ويؤذيه ، وقد أمر الله تعالى بتطهيره فقال (أن طهرا بيتى للطائفين والقائمين والركع السجود)

« مسألة » قال (والعصير إذا أتت عليه ثلاثة أيام فقد حرم الا أن يغلى قبل ذلك فيحرم)

أما إذا غلى العصير كغليان القدر وقذف بزبده فلا خلاف فى تحريمه ، وإن أتت عليه ثلاثة أيام ولم يغل ، فقال أصحابنا هو حرام ، وقال أحمد : اشربه ثلاثا ما لم يغل ، فإذا أتى عليه أكثر من ثلاثة أيام فلا تشربه ، وأكثر أهل العلم يقولون هو مباح ما لم يغل ويسكر لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « اشربوا فى كل وعاء ولا تشربوا مسكراً » رواه أبو داود ، ولأن علة تحريمه الشدة المطربة وانما ذلك فى المسكر خاصة .

ولنا ما روى ابو داود باسناده عن ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان ينبذ له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد الى مساء الثالثة ثم يأمر به فيسقى الخدم أو يهراق » وروى الشالنجى باسناده عن النبى (ص) انه قال « اشربوا العصير ثلاثا ما لم يغل » وقال ابن عمر اشربه ما لم يأخذه شيطانه ، قيل وفى كم يأخذ شيطانه ؟ قال فى ثلاث ، ولان الشدة تحصل فى الثلاث غالبا وهى خفية تحتاج الى ضابط فجاز جعل الثلاث ضابطا لها ، ويحتمل ان يكون شربه فيما زاد على الثلاثة اذا لم يغل مكروها غير محرم ، فان احمد لم يصرح بتحريمه ؛ وقال فى موضع أكرهه ، وذلك لان النبى صلى الله عليه وسلم لم يكن يشربه بعد ثلاث وقال ابو الخطاب . عندى ان كلام احمد فى ذلك محمول على عصير الغالب انه يتخمر فى ثلاثة أيام .

« مسألة » قال (وكذلك النبيذ)

يعنى أن النبيذ مباح ما لم يغل أو تأتى عليه ثلاثة أيام ، والنبيذ ما يلقى فيه تمر أو زبيب أو نحوهما ليحلو به الماء وتذهب ملوحته فلا بأس به ما لم يغل أو تأتى عليه ثلاثة أيام لما روينا عن ابن عباس . وقال أبو هريرة « علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصوم فتحينت فطره بنبيذ صنعته فى دباء ثم أتيته به فإذا هو ينش فقال : اضرب بهذا الحائط ، فإن هذا شراب من لا يؤمن بالله واليوم الآخر » رواه ابو داود ، ولأنه إذا بلغ ذلك صار مسكراً وكل مسكر حرام .

(فصل) والخمر نجسة فى قول عامة أهل العلم ، لأن الله تعالى حرمها لعينها فكانت نجسة كالخنزير وكل مسكر فهو حرام نجس لما ذكرنا .

(فصــــل) وما طبخ من العصير والنبيذ قبل غليانه حتى صار غير مسكر كالدبس ورب الخرنوب وغيرهما من المربيات والسكر فهو مباح لأن التحريم إنما ثبت فى المسكر ففيما عداه يبقى على أصل الاباحة ، وما أسكر كثيره فقليله حرام سواء ذهب منه الثلثان أو أقل أو أكثر ، قال أبو داود سألت أحمد عن شرب الطلاء إذا ذهب ثلثاه وبقى ثلثه ؟ قال لا بأس به ، قيل لأحمد انهم يقولون انه يسكر ، قال لا يسكر ولو كان يسكر ما أحله عمر .

(فصــــل)

ولا بأس بالفقاع . وبه قال إسحاق وابن المنذر ولا أعلم فيه خلافاً لأنه لا يسكر واذا ترك يفسد بخلاف الخمر ، والاشياء على الاباحة ما لم يرد بتحريمها حجة

(فصل) ويجوز الانتباذ فى الأوعية كلها ، وعن احمد انه كره الانتباذ فى الدباء والحنتم والنقير والمزفت ، لا ن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الانتباذ فيها ، والدباء هو اليقطين ، والحنتم الجرار ، والنقير الخشب ، والمزفت الذى يطلى بالزفت ، والصحيح الأول لما روى بريدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « نهيتكم عن ثلاث وأنا آمركم بهن ، نهيتكم عن الأشربة أن لا تشربوا الا فى ظروف الأدم ، فاشربوا فى كل وعاء ولا تشربوا مسكراً » رواه مسلم ، وهذا دليل على نسخ النهى ولا حكم للمنسوخ .

(فصل) ويكره الخليطان ، وهو أن ينبذ فى الماء شيئان ، لأن النبى (ص) نهى عن الخليطين ، وقال أحمد : الخليطان حرام ، وقال فى الرجل ينقع الزبيب

والتمر هندى والعناب ونحوه ينقعه غدوة ويشربه عشية للدواء : أكرهه لانه نبيذ ولكن يطبخه ويشربه على المكان ، وقد روى ابو داود بإسناده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم « انه نهى ان ينبذ البسر والرطب جميعا ونهى ان ينبذ الزبيب والتمر جميعا » وفى رواية « وانتبذ كل واحد على حدة » وعن ابى قتادة قال « نهى النبى ص) أن يجمع بين التمر والزهو والتمر والزبيب ولينبذ كل واحد منهما على حدة » متفق عليه .

قال القاضى : يعنى أحمد بقوله هو حرام اذا اشتد وأسكر واذا لم يسكر لم يحرم ، وهذا هو الصحيح ان شاء الله تعالى ، وإنما نهى النبى (ص) لعلة إسراعه الى السكر المحرم ، فإذا لم يوجد لم يثبت التحريم ، كما انه عليه السلام نهى عن الانتباذ فى الاوعية المذكورة لهذه العلة ثم أمرهم بالشرب فيها ما لم توجد حقيقة الاسكار فقد دل على صحة هذا ماروى عن عائشة قالت « كنا ننبذ لرسول الله (ص) فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحها فيه ثم نصب عليها الماء فننبذه غـــدوة فيشربه عشية ، وننبذه عشية فيشربه غدوة » رواه ابن ماجه وأبو داود ، فلما كانت مدة الانتباذ قريبة وهى يوم وليلة لا يتوهم الاسكار فيها لم يكره ، فلو كان مكروها لما فعل هذا فى بيت النبى (ص) له ، فعلى هذا لا يكره ما كان فى المدة اليسيرة ويكره ما كان فى مدة يحتمل إفضاؤه الى الاسكار ، ولا يثبت التحريم ما لم يغل أو تمضى عليه ثلاثة أيام .

« مسألة » قال (والخمرة اذا أفسدت فصيرت خلا لم تزل عن تحريمها ، وان قلب الله عينها فصارت خلا فهى حلال)

روى هذا عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه ، وبه قال الزهرى ونحوه قول مالك . وقال الشافعى : ان ألقى فيها شىء يفسدها كالملح فتخللت فهى على تحريمها وان نقلت من شمس الى ظل أو من ظل الى شمس فتخللت ففى إباحتها قولان . وقال أبو حنيفة تطهر فى الحالين لان علة تحريمها زالت بتخليلها فطهرت كما لو تخللت بنفسها ، يحققه أن التطهير لا فرق فيه بين ما حصل بفعل الله تعالى وفعل الآدمى كتطهير الثوب والبدن والارض ، ونحو هذا قول عطاء وعمرو بن دينار والحارث

العكلى ، وذكره أبو الخطاب وجها فى مذهبنا فقال : وان خللت لم تطهر وقيل تطهر .

ولنا ما روى أبو سعيد قال « كان عندنا خمر ليتيم فلما نزلت المائدة سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله إنه ليتيم ؟ قال : أهريقوه » رواه الترمذي ، وقال حديث حسن ، وعن أنس قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أتتخذ الخمر خلا ؟ قال : لا » قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح ؛ ورواه مسلم .

وعن أبي طلحة : أنه سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمراً ؟ فقال « أهرقها » قال أفلا أخللها ؟ قال « لا » رواه أبو داود وهذا نهى يقتضى التحريم ولو كان الى استصلاحها سبيل لم تجز إراقتها بل أرشدهم اليه سيما وهى لأيتام يحرم التفريط فى أموالهم ، ولأنه إجماع الصحابة فروى أن عمر (رض) صعد المنبر فقال « لايحل خل خمر أفسدت حتى يكون الله تعالى هو تولى إفسادها ولا بأس على مسلم ابتاع من أهل الكتاب خلا مالم يتعمد لافسادها فعند ذلك يقع النهى ، رواه أبو عبيد فى الأموال بنحو من هذا المعنى .

وهذا قول يشتهر لانه خطب به الناس على المنبر فلم ينكر ، فأما إذا انقلبت بنفسها فإنها تطهر وتحل فى قول جميعهم فقد روى عن جماعة من الأوائل أنهم اصطبغوا بخل خمر منهم علي وأبو الدرداء وابن عمر وعائشة ورخص فيه الحسن وسعيد بن جبير وليس فى شيء من أخبارهم أنهم اتخذوه خلا ، ولا أنه انقلب بنفسه لكن قد بينه عمر بقوله لا يحل خل خمر أفسدت حتى يكون الله هو يتولى إفسادها ولأنها إذا انقلبت بنفسها فقد زالت علة تحريمها من غير علة خلفتها فطهرت كالماء إذا زال تغيره بمكثه : وإذا ألقى فيها شيء تنجس بها ثم إذا انقلبت بقى ما ألقى فيها نجسا فنجسها وحرمها .

فأما ان نقلها من موضع الى آخر فتخللت من غير أن يلقى فيها شيئا فإن لم يكن قصد تخليلها حلت بذلك لانها تخللت بفعل الله تعالى فيها ، وان قصد بذلك تخليلها احتمل أن تطهر لأنه لا فرق بينهما إلا القصد فلا يقتضى تحريمها ، ويحتمل أن لا تطهر لأنها خللت فلم تطهر كما لو ألقى فيها شيء .

مسأله ، قال ﴿ والشرب فى آنية الذهب والفضة حرام ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم ، وحكى عن معاوية بن قرة أنه قال : لا بأس بالشرب من قدح فضة ، وحكى عن الشافعى ، قول إنه مكروه غير محرم لأن النهى لما فيه من التشبه بالأعاجم فلا يقتضى التحريم .

ولنا قول النبي (ص) « الذى يشرب فى آنيه الفضه إنما يجرجر فى بطنه نار جهنم » وقال « لا تشربوا فى آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا فى صحافها فانها لهم فى الدنيا ولكم فى الاخرة » أخرجهما البخارى ومقتضى نهيه التحريم وقد توعد عليه بنار جهنم فان معنى قوله « يجرجر فى بطنه نار جهنم » أى هذا سبب لنار جهنم لقول الله تعالى (ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما انما يأكلون فى بطونهم ناراً) فلم يبق فى تحريمه اشكال .

وقد روى أن حذيفة استسقى فأتاه دهقان بإناء من فضة فرماه به فلو أصابه لكسر منه شيئا ثم قال : انما رميته به لأنى نهيته عنه ، وذكر هذا الخبر وهذا يدل على أنه فهم التحريم من نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى استحل عقوبته لمخالفته اياه .

(فصل) ويحرم اتخاذ الانية من الذهب والفضة واستصناعها لأن ما حرم استعماله ، حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال كالطنبور والمزمار ، ويستوى فى ذلك الرجال والنساء لعموم الحديث ، ولان علة تحريمها السرف والخيلاء وكسر قلوب الفقراء وهذا معنى يشمل الفريقين ، وانما أبيح للنساء التحلى للحاجة الى التزين للأزواج فتختص الاباحة به دون غيره .

فإن قيل : لو كانت العلة ما ذكرتم لحرمت آنية الياقوت ونحوه مما هو أرفع من الاثمان ، قلنا : تلك لا يعرفها الفقراء فلا تنكسر قلوبهم باتخاذ الاغنياء لها لعدم معرفتهم بها : ولأن قلتها فى نفسها تمنع اتخاذها فيستغنى بذلك عن تحريمها بخلاف الاثمان .

« مسألة » قال ﴿ وان كان قدح عليه ضبة فشرب من غير موضع الضبة فلا بأس ﴾ .

وجملة ذلك أن الضبة من الفضة تباح بثلاثة شروط .

أحدها : أن تكون يسيرة .

الثاني : أن تكون من الفضة ، فأما الذهب فلا يباح وقليله وكثيره حرام ، وروى عن أبي بكر أنه رخص في يسير الذهب .

الثالث : أن يكون للحاجة أعني أنه جعلها لمصلحة وانتفاع مثل أن تجعل على شق أو صدع وإن قام غيرها مقامها ، وقال القاضي ليس هذا بشرط ويجوز اليسير من غير حاجة إذا لم يباشر بالاستعمال ، وانما كره أحمد الحلقة ونحوها لأنها تباشر بالاستعمال .

وممن رخص في ضبة الفضة سعيد بن جبير وميسرة وزاذان وطاوس والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي وإسحاق وقال : قد وضع عمر بن عبد العزيز فاه بين ضبتين وكان ابن عمر لا يشرب من قدح فيه حلقة فضة ولا ضبه منها ، وكره الشرب في الإناء المفضض علي بن الحسين وعطاء وسالم والمطلب بن عبد الله ابن حنطب ونهت عائشه أن يضبب الآنيه أو يحلقها بالفضة ، ونحو ذلك قول الحسن وابن سيرين ولعل هؤلاء كرهوا ما قصد به الزينة أو كان كثيراً أو يستعمل فيكون قولهم وقول الأولين واحداً ولا يكون في المسألة خلاف .

فأما اليسير كتشعيب القدح ونحوه فلا بأس لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان له قدح فيه سلسلة من فضة شعب بها ، رواه البخاري بمعناه ولأن ذلك يسير من الفضة فأشبه الخاتم ، وكره أحمد أن يباشر موضع الضبة بالاستعمال فلا يشرب من موضع الضبة لأنه يصير كالشارب من إناء فضة ، وكره الحلقه من فضة لأن القدح يرفع بها فيباشرها بالاستعمال وكذلك ما أشبهه

(فصل) ولا بأس بقبيعة السيف من فضة لما روى أنس قال « كانت قبيعة سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم فضة » رواه الأثرم وأبو داود والترمذي ، وقال حديث حسن .

وقال هشام بن عروة كان سيف الزبير محلى بالفضة أنا رأيته ، ولا بأس بالخاتم من الفضة لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان له خاتم من فضة ثم لبسه أبو بكر ثم عمر ثم عثمان حتى سقط منه في بئر أريس وصح ذلك عنهم .

وقال سعيد البس الخاتم وأخبر أني أفتيتك بذلك فقد روى أبو ريحانة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كره عشر خلال وفيها الخاتم إلا لذي سلطان، قال أحمد إنما هذا يرويه أهل الشام وحدث أحمد بحديث أبي ريحانة فلما بلغ الخاتم تبسم كالمتعجب ثم قال أهل الشام ، وإنما قال أحمد ذلك لأن الأحاديث قد صحت عن النبي صلى الله عليه وسلم واستفاضت بإباحته ، وأجمع عليه أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم من العلماء فإذا جاء حديث شاذ يخالف ذلك لم يعرج عليه ، وان صح ذلك حمل على التنزيه .

(فصـــل)

قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله الحلية لحمائل السيف ؟ فسهل فيها ، وقال : قد روى سيف محلى ولأنه من حلية السيف فأشبه القبيعة ؛ ولذلك يخرج في حلية الدرع والمغفر والخوذة والخف والران ولانه في معناه : وقيل لأبي عبد الله حلقة المرآة فضة ورأس المكحلة فضة وما أشبه هذا. قال كل شيء يستعمل مثل حلقة المرآة فأنا أكرهه لانه يستعمله فإن المرآة ترفع بحلقتها ثم قال إنما هذا تأويل تأولته أنا

(فصل) ولا يباح شيء من ذلك اذا كان ذهبا إلا أنه قد روى أنه تباح قبيعة السيف . قال أحمد قد روى أنه كان لعمر سيف فيه سبائك من ذهب : وروى الترمذي بإسناده عن مزيدة العصري قال : دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الفتح وعلى سيفه ذهب وفضة ، وقال هذا حديث غريب ولا يباح الذهب في غير هذا إلا لضرورة كأنف الذهب وما ربط به أسنانه اذا تحركت ، وقال أبو بكر : يباح يسير الذهب قياساً له على الفضة لكونه أحد الثمنين فأشبه الآخر وقد ذكرنا هذا في غير هذا الموضع .

« مسألة » قال (ولا يبلغ بالتعزير الحد)

التعزير : هو العقوبة المشروعة على جناية لا حد فيها كوطء الشريك الجاريه المشتركة أو أمته المزوجة أوجارية ابنه أو وطء امرأته في دبرها أوحيضها أو وطء أجنبية دون الفرج أو سرقة مادون النصاب أو من غير حرز أو النهب أو الغصب أو الاختلاس أو الجناية على انسان بما لا يوجب حداً ولا قصاصا ولا دية أو شتمه

بما ليس بقذف ونحو ذلك يسمى تعزيرا لأنه منع من الجنايه . والأصل في التعزير المنع ومنه التعزير بمعنى النصرة لانه منع لعدوه من أذاه

واختلف عن أحمد في قدره فروى عنه انه لا يزاد على عشر جلدات نص احمد على هذا في مواضع وبه قال اسحاق لما روى أبو بردة قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يجلد احد فوق عشرة اسواط الا في حد من حدود الله تعالى » متفق عليه

والرواية الثانية : لا يبلغ به الحد وهو الذي ذكره الخرقي فيحتمل أنه أراد لا يبلغ به أدنى حد مشروع ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي ، فعلى هذا لا يبلغ به أربعين سوطا لانها حد العبد في الخمر والقذف ، وهذا قول ابي حنيفة

وان قلنا ان حد الخمر اربعون لم يبلغ به عشرين سوطا في حق العبد واربعين في حد الحر وهذا مذهب الشافعي، فلا يزاد العبد على تسعة عشر سوطا ولا الحر على تسعة وثلاثين سوطا .

وقال ابن ابي ليلى وابو يوسف ادنى الحدود ثمانون فلا يزاد في التعزير على تسعة وسبعين ، ويحتمل كلام أحمد والخرقي انه لا يبلغ بكل جناية حداً مشروعا في جنسها ويجوز ان يزيد على حد غير جنسها .

وروى عن احمد ما يدل على هذا فعلى هذا ما كان سببه الوطء جاز ان يجلد مائة إلا سوطا لينقص عن حد الزنا وما كان سببه غير الوطء لم يبلغ به ادنى الحدود لما روى عن النعمان بن بشير في الذي وطيء جارية امرأته باذنها يجلد مائه وهذا تعزير لانه في حق المحصن وحده انما هو الرجم .

وعن سعيد بن المسيب عن عمر في أمة بين رجلين وطئها أحدهما يجلد الحد الا سوطا واحداً رواه الاثرم واحتج به احمد،قال القاضي هذا عندي من نص احمد لا يقتضي اختلافا في التعزير بل المذهب انه لايزاد على عشر جلدات اتباعا للاثر الا في وطء جارية امرأته لحديث النعمان ، وفي الجارية المشتركة لحديث عمر وما عداهما يبقى على العموم لحديث ابي بردة وهذا قول حسن واذا ثبت تقدير أكثره فليس أقله مقدراً لانه لو تقدر لكان حداً ولان النبي صلى الله عليه وسلم قدر أكثره ولم يقدر أقله فيرجع فيه الى اجتهاد الامام فيما يراه وما يقتضيه حال الشخص

وقال مالك : يجوز أن يزاد التعزير على الحد إذا رأى الامام لما روى أن معن ابن زائدة عمل خاتما على نقش خاتم بيت المال ثم جاء به صاحب بيت المال فأخذ منه مالا ، فبلغ عمر رضي الله عنه فضربه مائة وحبسه فكلم فيه فضربه مائة أخرى فكلم فيه من بعد فضربه مائة ونفاه .

وروى أحمد باسناده أن علياً أتى بالنجاشي قد شرب خمراً فى رمضان فجلده ثمانين الحد وعشرين سوطا لفطره فى رمضان . وروى أن أبا الأسود استخلفه ابن عباس على قضاء البصرة ، فأتى بسارق قد كان جمع المتاع فى البيت ولم يخرجه ، فقال أبو الأسود أعجلتموه المسكين فضربه خمسة وعشرين سوطاً وخلى سبيله .

ولنا حديث أبي بردة . وروى الشالنجي باسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من بلغ حداً فى غير حد فهو من المعتدين » ولأن العقوبة على قدر الاجرام والمعصية ، والمعاصي المنصوص على حدودها أعظم من غيرها فلا يجوز أن يبلغ فى أهون الأمرين عقوبة أعظمها ، وما قالوه يؤدى الى أن من قبل امرأة حراما يضرب أكثر من حد الزنا ، وهذا غير جائز لأن الزنا مع عظمه وفحشه لا يجوز ان يزاد على حده فما دونه أولى .

فأما حديث معن فيحتمل انه كانت له ذنوب كثيرة فأدب على جميعها أو تكرر منه الأخذ أو كان ذنبه مشتملا على جنايات أحدها تزويره والثاني أخذه لمال بيت المال بغير حقه والثالث فتحه باب هذه الحيلة لغيره وغير هذا .

وأما حديث النجاشي فإن علياً ضربه الحد لشربه ثم عزره عشرين لفطره فلم يبلغ بتعزيره حداً ؛ وقد ذهب احمد الى هذا

وروى أن من شرب الخمر فى رمضان يحد ثم يعزر لجنايته من وجهين ، والذي يدل على صحة ما ذكرناه ما روى أن عمر رضي الله عنه كتب الى ابي موسى أن لا يبلغ بنكال أكثر من عشرين سوطا .

(فصل) والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ؟ ولا يجوز قطع شيء منه ولا جرحه ولا أخذ ماله لأن الشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به ولأن الواجب أدب والتأديب لا يكون بالاتلاف

(فصـــل)

والتعزير فيما شرع فيه التعزير واجب اذا رآه الإمام، وبه قال مالك وابو حنيفة وقال الشافعي ليس بواجب ، لان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إني لقيت امرأة فأصبت منهامادون ان اطأها ، فقال أصليت معنا؟ قال نعم فتلا عليه (ان الحسنات يذهبن السيئات) وقال فى الانصار « اقبلوا من محسنهم وتجاوزوا عن مسيئهم » . وقال رجل للنبي صلى الله عليه وسلم فى حكم حكم به للزبير أن كان ابن عمتك ، فغضب النبي صلى الله عليه وسلم ولم يعزره على مقالته ، وقال له رجل : ان هذه لقسمة ما أريد بها وجه الله فلم يعزره

ولنا أن ما كان من التعزير منصوصا عليه كوطء جارية امرأته أو جارية مشتركة فيجب امتثال الأمر فيه وما لم يكن منصوصا عليه اذا رأى الامام المصلحة فيه أو علم انه لا ينزجر إلا به وجب لأنه زاجر مشروع لحق الله فوجب كالحد .

(فصل) وإذا مات من التعزير لم يجب ضمانه ، وبهذا قال مالك وابو حنيفة ، وقال الشافعي يضمنه لقول علي : ليس أحد أقيم عليه الحد فيموت فأجد فى نفسي شيئا ان الحق قتله الا حد الخمر فإن رسول الله (ص) لم يسنه لنا ، واشار على عمر بضمان التي أجهضت جنينها حين أرسل اليها .

ولنا انها عقوبة مشروعة للردع والزجر فلم يضمن من تلف بها كالحد ، واما قول علي فى دية من قتله حد الخمر فقد خالفه غيره من الصحابة فلم يوجبوا شيئا به ولم يعمل به الشافعي ولا غيره من الفقهاء فكيف يحتج به مع ترك الجميع له ؟ وأما قوله فى الجنين فلا حجة لهم فيه ، فإن الجنين الذي تلف لا جناية منه ولا تعزير عليه فكيف يسقط ضمانه ؟ ولو ان الامام حد حاملا فأتلف جنينها ضمنه مع أن الحد متفق عليه بيننا على انه لا يجب ضمان المحدود اذا تلف به .

(فصل) وليس على الزوج ضمان الزوجة اذا تلفت من التأديب المشروع فى النشوز ولا على المعلم اذا أدب صبيه الادب المشروع وبه قال مالك، وقال الشافعي وأبو حنيفة يضمن ، ووجه المذهبين ماتقدم فى التي قبلها . قال الخلال : اذا ضرب المعلم ثلاثا كما قال التابعون وفقهاء الامصار وكان ذلك ثلاثا فليس بضامن ، وان

ضربه ضربا شديداً مثله لا يكون أدباً للصبي ضمن ، لأنه قد تعدى في الضرب . قال القاضي وكذلك يجيء على قياس قول أصحابنا إذا ضرب الأب أو الجد الصبي تأديباً فهلك أو الحاكم أو أمينه أو الوصي عليه تأديبا فلا ضمان عليهم كالمعلم .

(فصل) وإن قطع طرفا من إنسان فيه أكلة أو سلعة بإذنه وهو كبير عاقل فلا ضمان عليه ، وإن قطعه مكرها فالقطع وسرايته مضمون بالقصاص ، سواء كان القاطع إماما أو غيره ، لأن هذه جراحة تؤدي إلى التلف والأكلة ان كان بقاؤها مخوفا فقطعها مخوف ، وإن كان من قطعت منه صبيا أو مجنونا وقطعها أجنبي فعليه القصاص لأنه لا ولاية له عليه ، وإن قطعها وليه وهو الاب أو وصيه أو الحاكم أو أمينه المتولي عليه فلا ضمان عليه لأنه قصد مصلحته وله النظر في مصالحه فكان فعله مأموراً به فلم يضمن ما تلف به كما لو ختنه فمات ، والسلعة غدة بين اللحم والجلد تظهر في البدن كالجوزة وتكون في الرأس والبدن وهي بكسر السين ، والسلعة بفتح السين الشجة .

(فصل) واذا ختن الولي الصبي في وقت معتدل في الحر والبرد لم يلزمه ضمان إن تلف به لانه فعل مأمور به في الشرع فلم يضمن ماتلف به كالقطع في السرقة وان كان رجلا أو امرأة لم يختتنا فأمر السلطان بهما فختنا ، فإن كان ممن زعم الاطباء أنه يتلف بالختان أو الغالب تلفه به فعليه الضمان لانه ليس له ذلك فيهما وان كان الاغلب السلامة فلا ضمان عليه اذا كان في زمن معتدل ليس بمفرط الحر والبرد وبهذا قال الشافعي . وزعم أبو حنيفة ومالك أنه ليس بواجب لانه روي عن النبي (ص) أنه قال « الختان سنة في الرجال ومكرمة في النساء »

ولنا أنه قطع عضو صحيح من البدن يتألم بقطعه فلم يقطع الا واجبا كاليد والرجل ، ولانه يجوز كشف العورة من أجله ولو لم يكن واجبا ماجاز ارتكاب المحرم من أجله .

فأما الخبر فقد قيل هو ضعيف وعلى أن الواجب يسمى سنة ، فإن السنة ما رسم ليحتذي ولا يجب الا بعد البلوغ ، فإن لم يفعله وإلا أجبره الحاكم عليه .

(فصل : اذا أمر السلطان انسانا بالصعود فى سور أو نزول فى بئر أو نحوه فعطب به فقال القاضى وأصحاب الشافعى : على السلطان ضمانه لأن عليه طاعة امامه فإذا أفضت طاعته الى الهلاك فكأنه ألجأه اليه ، ولو كان الآمر غير الامام لم يضمن لان طاعته غير لازمة فلم يلجئه اليه ، وان أمره السلطان بالمضى فى حاجة فعثر فهلك لم يضمنه لأن المشى ليس بسبب للهلاك فى الاعم الاغلب بخلاف ما ذكرناه أولا ، فعلى هذا ان كان أمره الموجب للضمان لمصلحة المسلمين فالضمان فى بيت المال ، وان كان لمصلحة نفسه فالضمان عليه أو على عاقلته ان كان مما تحمله عاقلته ، وان أقام الامام الحد فى شدة حر أو برد أو ألزم انسانا الختان فى ذلك فهل يضمن ما تلف ؟ يحتمل وجهين .

« مسألة » قال (واذا حمل عليه جمل صائل فلم يقدر على الامتناع منه الا بضربه فضربه فقتله فلا ضمان عليه)

وجملته أن الانسان اذا صالت عليه بهيمة فلم يمكنه دفعها الا بقتلها جاز له قتلها اجماعا وليس عليه ضمانها اذا كانت لغيره ، وبهذا قال مالك والشافعى واسحاق وقال أبو حنيفة وأصحابه عليه ضمانها لأنه أتلف مال غيره لإحياء نفسه فكان عليه ضمانه كالمضطر الى طعام غيره اذا أكله ، وكذلك قالوا فى غير المكلف من الآدميين كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه لانه لا يملك اباحة نفسه ولذلك لو ارتد لم يقتل .

ولنا انه قتله بالدفع الجائز فلم يضمنه كالعبد ولأنه حيوان جاز اتلافه فلم يضمنه كالآدمي المكلف ، ولانه قتله لدفع شره فأشبه العبد ، وذلك لانه اذا قتله لدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه ، فأشبه ما لو نصب حربة فى طريقه فقذف نفسه عليها فمات بها ، وفارق المضطر فإن الطعام لم يلجئه الى اتلافه ولم يصدر منه ما يزيل عصمته ، ولهذا لو قتل المحرم صيدا لصياله لم يضمنه ، ولو قتله لاضطراره اليه ضمنه .

ولو قتل المكلف لصياله لم يضمنه ولو قتله ليأكله فى المخمصة وجب القصاص وغير المكلف كالمكلف فى هذا

وقولهم لا يملك إباحة نفسه ، قلنا والمكاتب لا يملك إباحة دمه ولو قال أبحت دمى لم يبح على أنه إذا صال فقد أبيح دمه بفعله فيجب أن يسقط ضمانه كالمكاتب

« مسألة » قال (وإذا دخل منزله بالسلاح فأمره بالخروج فلم يفعل فله أن يضربه بأسهل مايخرجه به ، فإن علم أنه يخرج بضرب عصا لم يجز أن يضربه بحديدة فإن آل الضرب الى نفسه فلا شيء عليه وان قتل صاحب الدار كان شهيداً)

وجملته : أن الرجل إذا دخل منزل غيره بغير إذنه فلصاحب الدار أمره بالخروج من منزله سواء كان معه سلاح أو لم يكن لأنه متعد بدخول ملك غيره فكان لصاحب الدار مطالبته بترك التعدى كما لو غصب منه شيئا ، فإن خرج بالأمر لم يكن له ضربه لأن المقصود إخراجه .

وقد روى عن ابن عمر أنه رأى لصاً فأصلت عليه السيف قال فلو تركناه لقتله وجاء رجل الى الحسن فقال لص دخل بيتى ومعه حديدة أقتله ؟ قال : نعم بأى قتلة قدرت أن تقتله .

ولنا أنه أمكن إزالة العدوان بغير القتل فلم يجز القتل كما لو غصب منه شيئاً فأمكن أخذه بغير القتل ، وفعل ابن عمر يحمل على قصد الترهيب لا على قصد إيقاع الفعل ، فإن لم يخرج بالأمر فله ضربه بأسهل ما يعلم أنه يندفع به لأن المقصود دفعه فإذا اندفع بقليل فلا حاجة الى أكثر منه فإن علم أنه يخرج بالعصا لم يكن له ضربه بالحديد لأن الحديد آلة للقتل بخلاف العصا ، وان ذهب مولياً لم يكن له قتله ولا اتباعه كأهل البغى ، وإن ضربه ضربة عطلته لم يكن له أن يثنى عليه لأنه كفى شره ، وان ضربه فقطع يمينه فولى مدبراً فضربه فقطع رجله فقطع الرجل مضمون عليه بالقصاص أو الدية لأنه فى حال لا يجوز له ضربه وقطع اليد غير مضمون .

فإن مات من سراية القطع فعليه نصف الدية كما لو مات من جراحة اثنين ، وإن عاد اليه بعد قطع رجله فقطع يده الاخرى فاليدان غير مضمونتين ، وان مات فعليه ثلث الدية كما لو مات من جراحة ثلاثة أنفس فقياس المذهب أن يضمن نصف الدية لان الجرحين قطع رجل واحد فكان حكمهما واحدا كما لو جرح رجل

رجلا مائة جرح وجرحه آخر جرحا واحدا ومات كانت ديته بينهما نصفين ولا تقسم الدية على عدد الجراحات كذا ههنا .

فأما ان لم يمكنه دفعه الا بالقتل أو خاف أن يبدره بالقتل ان لم يقتله فله ضربه بما يقتله أو يقطع طرفه وما أتلف منه فهو هدر لأنه تلف لدفع شره فلم يضمنه كالباغي ولانه اضطر صاحب الدار الى قتله فصار كالقاتل لنفسه ، وان قتل صاحب الدار فهو شهيد لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص عن النبي (ص) أنه قال « من أريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد » رواه الخلال باسناده ولانه قتل لدفع ظالم فكان شهيداً كالعادل اذا قتله الباغي .

(فصل) وكل من عرض لإنسان يريد ماله أو نفسه فحكمه ما ذكرنا فيمن دخل منزله في دفعهم بأسهل ما يمكن دفعهم به فإن كان بينه وبينهم نهر كبير أو خندق أو حصن لا يقدرون على اقتحامه فليس له رميهم ؛ وان لم يمكن الا بقتالهم فله قتالهم وقتلهم .

قال أحمد في اللصوص يريدون نفسك ومالك قاتلهم تمنع نفسك ومالك ، وقال عطاء في المحرم يلقى اللصوص قال يقاتلهم أشد القتال ، وقال ابن سيرين ما أعلم أحداً ترك قتال الحرورية واللصوص تأثما الا أن يجبن ، وقال الصلت بن طريف قلت للحسن اني أحرج في هذه الوجوه أخوف شيء عندي يلقاني المصلون يعرضون لي في مالي فإن كففت يدي ذهبوا بمالي ، وان قاتلت المصلي ففيه ما قد علمت ؟ قال أي بني من عرض لك في مالك فان قتلته فالى النار ، وان قتلك فشهيد ونحو ذلك عن أنس والشعبي والنخعي .

وقال أحمد في امرأة أرادها رجل على نفسها فقتلته لتحصن نفسها فقال اذا علمت أنه لا يريد الا نفسها فقتلته لتدفع عن نفسها فلا شيء عليها وذكر حديثا يرويه الزهري عن القاسم بن محمد عن عبيد بن عمير أن رجلا أضاف ناسا من هذيل فأراد امرأة على نفسها فرمته بحجر فقتلته فقال عمر والله لا يودى أبداً ، ولأنه اذا جاز الدفع عن ماله الذي يجوز بذله واباحته فدفع المرأة عن نفسها وصيانتها عن الفاحشة التي لا تباح بحال أولى .

إذا ثبت هذا : فانه يجب عليها أن تدفع عن نفسها ان أمكنها ذلك لأن التمكين منها محرم وفى ترك الدفع نوع تمكين ، فأما من أريدت نفسه أو ماله فلا يجب عليه الدفع لقول النبي (ص) فى الفتنة « اجلس فى بيتك فان خفت أن يبهرك شعاع السيف فغط وجهك » وفى لفظ « فكن عبد الله المقتول ولا تكن عبدالله القاتل » ولان عثمان ترك القتال مع امكانه مع ارادتهم نفسه .

فان قيل : فقد قلتم فى المضطر اذا وجد ما يدفع به الضرورة لزمه الا كل منه فى أحد الوجهين فلم لم تقولوا ذلك ههنا ؟ قلنا لأن الا كل يحيي به نفسه من غير تفويت نفس غيره وههنا فى احياء نفسه فوات نفس غيره فلم يجب عليه ، فأما ان أمكنه الهرب فهل يلزمه ؟ فيه وجهان .

أحدهما . يلزمه لأنه أمكنه الدفع عن نفسه من غير ضرر يلحق غيره فلزمه كالا كل فى المخمصة .

والثانى : لا يلزمه لانه دفع عن نفسه فلم يلزمه كالدفع بالقتال .

(فصل) واذا صال على انسان صائل يريد ماله أو نفسه ظلما أو يريد امرأة ليزنى بها فلغير المصول عليه معونته فى الدفع ، ولو عرض اللصوص لقافلة جاز لغير أهل القافلة الدفع عنهم لأن النبي (ص) قال « انصر أخاك ظالما أو مظلوما » وفى حديث « ان المؤمنين يتعاونون على الفتان » ولأنه لولا التعاون لذهبت أموال الناس وأنفسهم لان قطاع الطريق اذا انفردوا بأخذ مال انسان لم يعنه غيره فانهم يأخذون أموال الكل واحداً واحداً وكذلك غيرهم .

فصل

واذا وجد رجلا يزنى بامرأته فقتله فلا قصاص عليه ولا دية لما روى « أن عمر رضى الله عنه بينما هو يتغدى يوما اذ أقبل رجل يعدو ومعه سيف مجرد ملطخ بالدم لجاء حتى قعد مع عمر لجعل يأكل وأقبل جماعة من الناس فقالوا يا أمير المؤمنين ان هذا قتل صاحبنا مع امرأته فقال عمر ما يقول هؤلاء ؟ قال ضرب الآخر فخذى امرأته بالسيف فإن كان بينهما أحد فقد قتله فقال لهم عمر ما يقول ؟ قالوا ضرب بسيفه فقطع فخذى امرأته فأصاب وسط الرجل فقطعه باثنين فقال عمر ان عادوا فعد » رواه هشيم عن مغيرة عن ابراهيم أخرجه سعيد

واذا كانت المرأة مطاوعه فلا ضمان عليه فيها وان كانت مكرهة فعليه القصاص واذا قتل رجلا وادعى أنه وجده مع امرأته فأنكر وليه فالقول قول الولى لما روى عن علي رضى الله عنه أنه سئل عن رجل دخل بيته فاذا مع امرأته رجل فقتلها وقتله . قال علي ان جاء بأربعة شهداء والا فليعط برمته ولان الاصل عدم ما يدعيه فلا يسقط حكم القتل بمجرد الدعوى .

واختلفت الرواية فى البينة فروى أنها أربعة شهداء لخبر علي ولما روى أبو هريرة أن سعداً قال يا رسول الله أرأيت ان وجدت مع امرأتى رجلا أمهله حتى آتى بأربعة شهداء ؟ فقال النبي صلى الله عليه وسلم « نعم » وروى أنه يكفى شاهدان لان البينة تشهد على وجوده على المرأة وهذا يثبت بشاهدين وانما الذى يحتاج الى الاربعة الزنا وهذا لايحتاج الى اثبات الزنا ، فان قيل : لحديث عمر فى الذى وجد مع امرأته رجلا ليس فيه بينة ، وكذلك روى أن رجلا من المسلمين خرج غازيا وأوصى بأهله رجلا فبلغ الرجل أن يهوديا يختلف الى امرأته فكمن له حتى جاء فجعل ينشد

وأشعث غره الاسلام منى ... خلوت بعرسه ليل التمام
أبيت على ترائبها ويضحى ... على جرداء لاحقة الحزام
كأن مواضع الربلات منها ... فئام ينهضون الى فئام

فقام اليه فقتله فرفع ذلك الى عمر فأهدر دمه ولم يطالب : فالجواب أن ذلك ثبت عنده باقرار الولى ، وان لم تكن بينة فادعى علم الولى بذلك فالقول قول الولى مع يمينه .

(فصل) ولو قتل رجل رجلا وادعى أنه قد هجم منزلى فلم يمكنى دفعه الا بالقتل لم يقبل قوله الا ببينة وعليه القود سواء كان المقتول يعرف بسرقة أو عيارة أو لا يعرف بذلك ، فإن شهدت البينة أنهم رأوا هذا مقبلا الى هذا بالسلاح المشهور فضربه هذا فقد هدر دمه وان شهدوا أنهم رأوه داخلا داره ولم يذكروا سلاحا أو ذكروا سلاحا غير مشهور لم يسقط القود بذلك لانه قد يدخل لحاجة ومجرد الدخول المشهود به لا يوجب اهدار دمه ، وان تجارح رجلان وادعى كل واحد منهما أنى جرحته دفعا عن نفسى حلف كل واحد منهما على إبطال

دعوى صاحبه وعليه ضمان ما جرحه لأن كل واحد منهما مدع على الآخر ما ينكره والأصل عدمه .

(فصل) ولو عض رجل يد آخر فله جذبها من فيه فإن جذبها فوقعت ثنايا العاض فلا ضمان فيها، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وروى سعيد عن هشيم عن محمد بن عبد الله ان رجلا عض رجلا فانتزع يده من فيه فسقط بعض أسنان العاض فاختصما الى شريح فقال شريح انزع يدك من في السبع وأبطل أسنانه ، وحكي عن مالك وابن ابي ليلى عليه الضمان لقول النبي صلى الله عليه وسلم « في السن خمس من الابل » .

ولنا ما روى يعلى بن أمية قال كان لي أجير فقاتل إنسانا فعض أحدهما يد الآخر قال فانتزع المعضوض يده من في العاض فانتزع إحدى ثنيتيه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأهدر ثنيته فحسبت أنه قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم « أفيدع يده في فيك تقضمها قضم الفحل ؟ » متفق عليه ، ولانه عضو تلف ضرورة دفع شر صاحبه فلم يضمن كما لو صال عليه فلم يمكنه دفعه إلا بقطع عضوه ، وحديثهم يدل على دية السن اذا قلعت ظلما وهذه لم تقلع ظلما وسواء كان المعضوض ظالما أو مظلوما لان العض محرم ، الا أن يكون العض مباحا مثل أن يمسكه في موضع يتضرر بامساكه او يعض يده ، ونحو ذلك مما لا يقدر على التخلص من ضرره الا بعضه فيعضه فما سقط من أسنانه ضمنه لانه عاد والعض مباح ولذلك لو عض أحدهما يد الاخر ولم يمكن المعضوض تخليص يده الا بعضه فله عضه ويضمن الظالم منهما ما تلف من المظلوم وما تلف من الظالم هدر

وكذلك الحكم فيما اذا عضه في غير يده او عمل به عملا غير العض أفضى الى تلف شيء من الفاعل لم يضمنه

وقد روى محمد بن عبد الله أن غلاما أخذ قمعا من أقماع الزياتين فأدخله بين فخذي رجل ونفخ فيه فذعر الرجل من ذلك وخبط برجله فوقع على الغلام فكسر بعض أسنانه فاختصموا الى شريح فقال شريح لا أعقل الكلب الهرار .

قال القاضي يخلص المعضوض يده بأسهل ما يمكن فإن أمكنه فك لحييه بيده الاخرى فعل وان لم يمكنه لكمه في فكه فإن لم يمكنه جذب يده من فيه فإن لم

يخلص فله أن يعصر خصيتيه فإن لم يمكنه فله أن يبعج بطنه وإن أتى على نفسه. والصحيح أن هذا الترتيب غير معتبر وله أن يجذب يده من فيه أولا ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يستفصل ، ولأنه لا يلزمه ترك يده فى فم العاض حتى يتحيل بهذه الأشياء المذكورة ، ولأن جذب يده بمجرد تخليص ليده وما حصل من سقوط الأسنان حصل ضرورة التخليص الجائز ولكم فكه جناية غير التخليص ، وربما تضمنت التخليص وربما أتلفت الأسنان التى لم يحصل العض بها ، وكانت البداءة بجذب يده أولى ؛ وينبغى أنه متى أمكنه جذب يده فعدل إلى لكم فكه فأتلف سنا ضمنه لإمكان التخلص بما هو أولى منه .

(فصـــل)

ومن اطلع فى بيت إنسان من ثقب أو شق باب أو نحوه فرماه صاحب البيت بحصاة أو طعنه بعود فقلع عينه لم يضمنها ، وبه قال الشافعى . وقال ابو حنيفة يضمنها لأنه لو دخل منزله ونظر فيه أو نال من امرأته ما دون الفرج لم يجز قلع عينه فمجرد النظر أولى .

ولنا ما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لو أن امرأ اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح » وعن سهل ابن سعد أن رجلا اطلع فى جحر من باب النبي صلى الله عليه وسلم ورسول الله صلى الله عليه وسلم يحك رأسه بمدرى فى يده ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو علمت أنك تنظرنى لطمت أو لطعنت بها فى عينك » متفق عليهما ، ويفارق ما قاسوا عليه لأن من دخل المنزل يعلم به فيستتر منه بخلاف الناظر من ثقب فإنه يرى من غير علم به ، ثم الخبر أولى من القياس ، وظاهر كلام أحمد انه لا يعتبر فى هذا أنه لا يمكنه دفعه الا بذلك لظاهر الخبر . وقال ابن حامد : يدفعه بأسهل ما يمكنه دفعه به فيقول له أولا انصرف ، فإن لم يفعل أشار اليه يوهمه أنه يحذفه ، فإن لم ينصرف فله حذفه حينئذ واتباع السنة أولى

(فصل فأما ان ترك الاطلاع ومضى لم يجز رميه ، لأن النبى (ص) لم يطعن الذى اطلع ثم انصرف ، ولأنه ترك الجناية فأشبه من عض ثم ترك العض لم يجز قلع أسنانه ، وسواء كان المطلع منه صغيراً كثقب أو شق أو واسعاً كثقب

كبير . وذكر بعض أصحابنا أن الباب المفتوح كذلك ، والاولى انه لايجوز حذف من نظر من باب مفتوح لأن التفريط من تارك الباب مفتوحا ، والظاهر أن من ترك بابه مفتوحا أنه يستتر لعلمه أن الناس ينظرون منه ويعلم بالناظر فيه والواقف عليه فلم يجز رميه كداخلى الدار ، وان اطلع فرماه صاحب الدار فقال المطلع ماتعمدت الاطلاع لم يضمنه على ظاهر كلام أحمد ، لان الاطلاع قد وجد والرامى لا يعلم ما فى قلبه ، وعلى قول ابن حامد يضمنه لانه لم يدفعه بما هو أسهل ، وكذلك لو قال لم أر شيئا حين اطلعت ، وان كان المطلع أعمى لم يجز رميه لانه لا يرى شيئا ، ولو كان انسان عريانا فى طريق لم يكن له رمى من نظر اليه لانه المفرط ، وان كان المطلع فى الدار من محارم النساء اللاتى فيها فقال بعض أصحابنا ليس لصاحب الدار رميه إلا أن يكن متجردات فيصرن كالاجانب ، وظاهر الخبر أن لصاحب الدار رميه سواء كان فيها نساء أو لم يكن لانه لم يذكر انه كان فى الدار التى اطلع فيها على النبي (ص) نساء . وقوله « لو أن امرأ اطلع عليك بغير اذن لحذفته » عام فى الدار التى فيها نساء وغيرها .

فصــــل

وليس لصاحب الدار رمى الناظر بما يقتله ابتداء ، فإن رماه بحجر يقتله أو حديدة ثقيلة ضمنه بالقصاص ، لأنه إنما له ما يقلع به العين المبصرة التى حصل الاذى منها دون ما يتعدى الى غيرها ، فإن لم يندفع المطلع برميه بالشيء اليسير جاز رميه بأكثر منه حتى يأتى ذلك على نفسه ، وسواء كان الناظر فى الطريق أو ملك نفسه أو غير ذلك .

« مسألة » قال (وما أفسدت البهائم بالليل من الزرع فهو مضمون على أهلها وما أفسدت من ذلك نهارا لم يضمنوه)

يعنى اذا لم تكن يد أحد عليها ، فان كان صاحبها معها أو غيره فعلى من يده عليها ضمان ماأتلفته من نفس أو مال ونذكر ذلك فى المسألة التى تلى هذه ، وان لم تكن يد أحد عليها فعلى مالكها ضمان ما أفسدته من الزرع ليلا دون النهار .

وهذا قول مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز ، فقال الليث يضمن مالكها ما أفسدته ليلا ونهاراً بأقل الأمرين من قيمتها أو قدر ما أتلفته كالعبد إذا جنى وقال ابو حنيفة لا ضمان عليه بحال لقول النبي صلى الله عليه وسلم « العجماء جرحها جبار » يعني هدرا ، ولأنها أفسدت وليست يده عليها فلم يلزمه الضمان كما لو كان نهاراً أو كما لو أتلفت غير الزرع .

ولنا ما روى مالك عن الزهري عن حزام بن سعد بن محيصة أن ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت ، فقضى رسول الله (ص) : أن على أهل الأموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم .

قال ابن عبدالبر : إن كان هذا مرسلا فهو مشهور حدث به الأئمة الثقات وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول ، ولان العادة من أهل المواشي ارسالها في النهار للرعي وحفظها ليلا وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل ، فإذا ذهبت ليلا كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ ، وان أتلفت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم . وقد فرق النبي (ص) بينهما وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته . وأما غير الزرع فلا يضمن لأن البهيمة لا تتلف ذلك عادة فلا يحتاج الى حفظها بخلاف الزرع

(فصل) قال بعض أصحابنا إنما يضمن مالكها ما أتلفته ليلا إذا كان التفريط منه بإرسالها ليلا أو أرسلها نهارا ولم يضمها ليلا أو ضمها بحيث يمكنها الخروج ، أما إذا ضمها فأخرجها غيره بغير إذنه أو فتح عليها بابها فالضمان على مخرجها أو فاتح بابها لانه المتلف .

قال القاضي : هذه المسألة عندي محمولة على موضع فيه مزارع ومراعي . أما القرى العامرة التي لا مرعى فيها الا بين قراحين ، كساقية وطريق وطرف زرع فليس لصاحبها ارسالها بغير حافظ عن الزرع ، فإن فعله فعليه الضمان لتفريطه ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .

(فصل) وان أتلفت البهيمة غير الزرع لم يضمن مالكها ما أتلفته ليلا كان أو نهاراً ما لم تكن يده عليها . وحكى عن شريح أنه قضى في شاة وقعت في غزل

حائط ليلا بالضمان على صاحبها ، وقرأ شريح (إذ نفشت فيه غنم القوم) قال والنفش لا يكون الا بالليل ، وعن الثوري يضمن وان كان نهاراً لانه مفرط بإرسالها

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « العجماء جرحها جبار » متفق عليه ، أي هــدر . وأما الآية فإن النفش هو الرعي بالليل ، فكان هذا في الحرث الذي تفسده البهائم طبعا بالرعي وتدعوها نفسها إلى أكله ؛ بخلاف غيره فلا يصح قياس غيره عليه .

(فصل) ومتى اقتنى كلبا عقورا فأطلقه فعقر انسانا أو دابة ليلا أو نهاراً أو خرق ثوب انسان فعلى صاحبه ضمان ما أتلفه لانه مفرط باقتنائه الا أن يدخل انسان داره بغير اذنه فلا ضمان فيه لانه متعد بالدخول متسبب بعدوانه الى عقر الكلب له وان دخل باذن المالك فعليه ضمانه لانه تسبب الى اتلافه ، وان أتلف الكلب بغير العقر مثل ان ولغ في اناء انسان أو بال لم يضمنه مقتنيه ، لأن هذا لا يختص به الكلب العقور . قال القاضي : وان اقتنى سنوراً يأكل أفراخ الناس ضمن ما أتلفه كما يضمن ما أتلفه الكلب العقور ، ولا فرق بين الليل والنهار ، وان لم يكن له عادة بذلك لم يضمن صاحبه جنايته كالكلب اذا لم يكن عقوراً ولو أن الكلب العقور أو السنور حصل عند انسان من غير اقتنائه ولا اختياره فأفسد لم يضمنه لانه لم يحصل الاتلاف بسببه

(فصل) وان اقتنى حماما أو غيره من الطير فأرسله نهاراً فلقط حبا لم يضمنه لانه كالبهيمة والعادة ارساله .

« مسألة » قال (وما جنت الدابة بيدها ضمن راكبها ما أصابت من نفس أو جرح أو مال وكذلك ان قادها أو ساقها)

وهذا قول شريح وابي حنيفة والشافعي ، وقال مالك : لا ضمان عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « العجماء جرحها جبار » ولانه جناية بهيمة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الرجل جبار » رواه سعيد باسناده عن هزيل بن شرحبيل عن النبي صلى الله عليه وسلم

وروى عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وتخصيص الرجل بكونه جباراً دليل على وجوب الضمان فى جناية غيرها ولأنه يمكنه حفظها عن الجناية إذا كان راكبها أو يده عليها بخلاف من لا يد له عليها وحديثه محمول على من لا يد له عليها .

« مسألة » قال ﴿ وما جنت برجلها فلا ضمان عليه ﴾

وبهذا قال أبو حنيفة ، وعن أحمد رواية أخرى : أنه يضمنها ، وهو قول شريح والشافعي لأنه من جناية بهيمة يده عليها فيضمنها كجناية يده .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « الرجل جبار » ولأنه لا يمكنه حفظ رجلها عن الجناية فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها ، فأما إن كانت جنايتها بفعله مثل أن كبحها بلجامها أو ضربها فى وجهها ؛ ونحو ذلك ضمن جناية رجلها لأنه السبب فى جنايتها فكان ضمانها عليه ، ولو كان السبب فى جنايتها غيره مثل أن نخسها أو نفرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائقها وقائدها لأن ذلك هو السبب فى جنايتها .

(فصل) فإن كان على الدابة راكبان فالضمان على الأول منهما لأنه المتصرف فيها القادر على كفها إلا أن يكون الاول منهما صغيراً أو مريضا أونحوهما ويكون الثانى المتولى لتدبيرها فيكون الضمان عليه ، وان كان مع الدابة قائد وسائق فالضمان عليهما لان كل واحد لو انفرد ضمن فإذا اجتمعا ضمنا ، وان كان معهما أو مع أحدهما راكب ففيه وجهان .

أحدهما : الضمان عليهم جميعا لذلك .

والثانى : على الراكب لانه أقوى يداً وتصرفا ، ويحتمل أن يكون على القائد لانه لا حكم للراكب مع القائد .

(فصل) والجمل المقطور على الجمل الذى عليه راكب يضمن جنايته لانه فى حكم القائد ، وأما الجمل المقطور على الجمل الثانى فينبغى أن لا تضمن جنايته إلا أن يكون له سائق لان الراكب الاول لا يمكنه حفظه عن الجناية ولو كان مع الدابة ولدها لم تضمن جنايته لانه لا يمكنه حفظه .

(فصل) وان وقفت الدابة فى طريق ضيق ضمن ما جنت بيد أو رجل أو فم لانه متعد بوقفها فيه وان كان الطريق واسعاً ففيه روايتان :

إحداهما : يضمن وهو مذهب الشافعى لان انتفاعه بالطريق مشروط بالسلامة وكذلك لو ترك فى الطريق طينا فزلق به إنسان ضمنه .

والثانية : لا يضمن لانه غير متعد بوقفها فى الطريق الواسع فلم يضمن كما لو وقفها فى موات وفارق الطين لانه متعد بتركه فى الطريق .

« مسألة » قال (وإذا اصطدم الفارسان فماتت الدابتان ضمن كل واحد منهما قيمة دابة الآخر)

وجملته : أن على كل واحد من المصطدمين ضمان ما تلف من الآخر من نفس أو دابة أو مال سواء كانت الدابتان فرسين أو بغلين أو حمارين أو جملين أو كان أحدهما فرسا والآخر غيره سواء كانا مقبلين أو مدبرين ، وبهذا قال أبو حنيفة وصاحباه وإسحاق .

وقال مالك والشافعى على كل واحد منهما نصف قيمة ما تلف من الآخر لان التلف حصل بفعلهما فكان الضمان منقسما عليهما كما لو جرح إنسان نفسه وجرحه غيره فمات منهما .

ولنا أن كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه وانما هو قربها الى محل الجناية فلزم الآخر ضمانها كما لو كانت واقفة بخلاف الجراحة .

إذا ثبت هذا فإن قيمة الدابتين ان تساوتا تقاصا وسقطتا وان كانت احداهما أكثر من الاخرى فلصاحبها الزيادة وان ماتت احدى الدابتين فعلى الآخر قيمتها وان نقصت فعليه نقصها .

(فصل) فإن كان أحدهما يسير بين يدى الآخر فأدركه الثانى فصدمه فماتت الدابتان أو احداهما فالضمان على اللاحق لانه الصادم والآخر مصدوم فهو بمنزلة الواقف .

« مسألة » قال (وان كان احدهما يسير والآخر واقفا فعلى السائر قيمة دابة الواقف)

نص أحمد على هذا لأن السائر هو الصادم المتلف فكان الضمان عليه ، وان

مات هو أو دابته فهو هدر لأنه أتلف نفسه ودابته ، وان انحرف الواقف فصادفت الصدمة انحرافه فهما كالسائرين لأن التلف حصل من فعلهما وان كان الواقف متعديا بوقوفه مثل أن يقف في طريق ضيق فالضمان عليه دون السائر لأن التلف حصل بتعديه فكان الضمان عليه كما لو وضع حجراً في الطريق أو جلس في طريق ضيق فعثر به إنسان .

« مسألة » قال (وان تصادم نفسان يمشيان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر)

روى هذا عن علي رضي الله عنه والخلاف ههنا في الضمان كالخلاف فيما إذا اصطدم الفارسان إلا أنه لا تقاص ههنا في الضمان لأنه على غير من له الحق لكون الضمان على عاقلة كل واحد منهما وان اتفق أن يكون الضمان على من له الحق مثل أن تكون العاقلة هي الوارثة أو يكون الضمان على المتصادمين تقاصا ، ولا يجب القصاص سواء كان اصطدامهما عمداً أو خطأ لأن الصدمة لا تقتل غالبا فالقتل الحاصل بها مع العمد عمد الخطأ ، ولا فرق بين البصيرين والأعميين والبصير والأعمى ، فإن كانتا امرأتين حاملتين فهما كالرجلين فإن أسقطت كل واحدة منهما جنيناً فعلى كل واحدة نصف ضمان جنينها ونصف ضمان جنين صاحبتها لأنهما اشتركتا في قتله وعلى كل واحدة منهما عتق ثلاث رقاب واحدة لقتل صاحبتها واثنتان لمشاركتها في الجنين ، وان أسقطت إحداهما دون الأخرى اشتركتا في ضمانه وعلى كل واحدة عتق رقبتين .

وان أسقطتا معا ولم تمت المرأتان ففي مال كل واحدة ضمان نصف الجنينين بغرة إذا سقطا ميتين وعتق رقبتين ، وان اصطدم راكب وماش فهو كما لو كانا ماشيين وإن اصطدم راكبان فماتا فهو كما لو كانا ماشيين .

(فصل) وإن اصطدم عبدان فماتا هدرت قيمتهما لأن قيمة كل واحد منهما تعلقت برقبة الآخر فسقطت بتلفه ؛ وإن مات أحدهما تعلقت قيمته برقبة الحي فإن هلك قبل استيفاء القيمة سقطت لفوات محلها . وان تصادم حر وعبد فماتا تعلقت دية الحر برقبة العبد ثم انتقلت الى قيمة العبد ووجبت قيمة العبد في تركة

الحر فيتقاصان ، فإن كانت دية الحر أكثر من قيمة العبد سقطت الزيادة لأنها لا متعلق لها ؛ وان كانت قيمة العبد أكثر أخذ الفضل من تركة الجانى ، وفى مال الحر عتق رقبة ولا شيء على العبد لأن تكفيره بالصوم فيفوت بفواته ، وان مات العبد وحده فقيمته فى ذمة الحر لأن العاقلة لا تحمل العبد ، وان مات الحر وحده تعلقت ديته برقبة العبد وعليه صيام شهرين متتابعين وان مات العبد قبل استيفاء الدية سقطت ، وان قتله أجنبي فعليه قيمته ويتحول ما كان متعلقا برقبته الى قيمته لانها بدله وقائمة مقامه وتستوفى ممن وجبت عليه .

« مسألة » قال (وإذا وقعت السفينة المنحدرة على المصاعدة فغرقتا فعلى المنحدرة قيمة السفينة المصاعدة أو أرش مانقصت ان أخرجت إلا أن يكون قيم المنحدرة غلبته الريح فلم يقدر على ضبطها)

وجملته : أن السفينتين اذا اصطدمتا لم تخلو من حالين . أحدهما : أن تكونا متساويتين كاللتين فى بحر أو ماء واقف أو كانت احداهما منحدرة، والأخرى مصاعدة فنبدأ بما اذا كانت احداهما منحدرة ، والأخرى مصاعدة لأنها مسألة الكتاب ولا يخلو من حالين .

أحدهما : أن يكون القيم بها مفرطا بأن يكون قادرا على ضبطها أو ردها عن الأخرى فلم يفعل أو أمكنه أن يعدلها الى ناحية أخرى فلم يفعل أو لم يكمل آلتها من الحبال والرجال وغيرهما فعلى المنحدر ضمان المصاعدة لانها تنحط عليها من علو فيكون ذلك سببا لغرقها فتنزل المنحدرة بمنزلة السائر والمصاعدة بمنزلة الواقف ، وان غرقتا جميعا فلا شيء على المصعد وعلى المنحدر قيمة المصعد أو أرش ما نقصت ان لم تتلف كلها الا أن يكون التفريط من المصعد بأن يمكنه العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فيكون الضمان على المصعد لانه المفرط ، وان لم يكن من واحد منهما تفريط لكن هاجت ريح أو كان الماء شديد الجرية فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لانه لا يدخل فى وسعه ضبطها ولا يكلف الله نفسا إلا وسعها .

الحال الثانى : أن يكونا متساويتين فإن كان القيمان مفرطين ضمن كل واحد

منهما سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال كما قلنا فى الفارسين يصطدمان ، وان لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما وللشافعى فى حال عدم التفريط قولان .

أحدهما : عليهما الضمان لأنهما فى أيديهما فلزمهما الضمان كما لو اصطدم الفارسان لغلبة الفرسين لهما .

ولنا ان الملاحين لا يسيران السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما فى الغالب ولا الاحتراز من ذلك فأشبه مالو نزلت صاعقة أحرقت السفينة ويخالف الفرسين فانه يمكن ضبطهما والاحتراز من طردهما ، وان كان أحدهما مفرطا وحده فعليه الضمان وحده ، فان اختلفا فى تفريط القيم فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم التفريط وهو أمين فهو كالمودع وعند الشافعى انهما اذا كانا مفرطين فعلى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينته ونصف سفينة صاحبه كقوله فى اصطدام الفارسين على ما مضى .

(فصل) فان كان القيمان مالكين للسفينتين بما فيهما تقاصا واخذ ذو الفضل فضله وان كانا اجيرين ضمنا ولا تقاص ههنا لأن من يجب له غير من يجب عليه وان كان فى السفينتين احرار فهلكوا وكانا قد تعمد المصادمة وذلك مما يقتل غالباً فعليهما القصاص ، وان كانوا عبيداً فلا ضمان على القيمين اذا كانا حرين وان لم يتعمدا المصادمة أو كان ذلك مما لا يقتل غالباً وجبت دية الاحرار على عاقلة القيمين وقيمة العبيد فى أموالهما ، وان كان القيمان عبدين تعلق الضمان برقبتهما ، فان تلفا جميعاً سقط الضمان وأما مع عدم التفريط فلا ضمان على أحد وان كان فى السفينتين ودائع ومضاربات لم تضمن لان الامين لا يضمن ما لم يوجد منه تفريط أو عدوان ، وان كانت السفينتان بأجرة فهما أمانة أيضاً لا ضمان فيهما ، وان كان فيهما مال يحملانه بأجرة الى بلد آخر فلا ضمان لأن الهلاك بأمر غير مستطاع .

(فصل) وان كانت احدى السفينتين قائمة والأخرى سائرة فلا ضمان على الواقفة وعلى السائرة ضمان الواقفة ان كان مفرطا ولا ضمان عليه ان لم يفرط على ماقدمنا

(فصل) وان خيف على السفينة الغرق فألقى بعض الركبان متاعه لتخف وتسلم من الغرق لم يضمنه أحد لانه أتلف متاع نفسه باختياره لصلاحه وصلاح غيره . وان ألقى متاع غيره بغير أمره ضمنه وحده . وان قال لغيره ألق متاعك

فقبل منه لم يضمنه له لأنه لم يلتزم ضمانه ، وإن قال ألقه وأنا ضامن له أو وعليّ قيمته لزمه ضمانه له لأنه أتلف ماله بعوض لمصلحة فوجب له العوض على من التزمه كما لو قال : أعتق عبدك وعلى ثمنه ، وإن قال ألقه وعليّ وعلى ركبان السفينة ضمانه فألقاه ففيه وجهان .

أحدهما يلزمه ضمانه وحده ، وهذا نص الشافعي وهو الذي ذكره أبو بكر لأنه التزم ضمانه جميعه فلزمه ما التزمه . وقال القاضي : إن كان ضمان اشتراك مثل أن يقول نحن نضمن لك أو قال على كل واحد منا ضمان قسطه أو ربع متاعك لم يلزمه إلا ما يخصه من الضمان . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنه لم يضمن إلا حصته ، وإنما أخبر عن الباقين بالضمان فسكتوا وسكوتهم ليس بضمان ، وإن التزم ضمان الجميع وأخبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك لزمه ضمان الكل ، وإن قال ألقه على أن أضمنه لك أنا وركبان السفينة فقد أذنوا لي في ذلك فألقاه ثم أنكروا الإذن فهو ضامن لجميعه .

وإن قال ألق متاعى وتضمنه لى ؟ فقال نعم فألقاه ضمنه له ، وإن قال ألق متاعك وعليّ ضمان نصفه وعلى أخى ضمان ما بقى فألقاه فعليه ضمان النصف وحده ولا شيء على الآخر لأنه لم يضمن .

فصل

وإذا خرق سفينة فغرقت بما فيها وكان عمداً وهو مما يغرقها غالبا ويهلك من فيها لكونهم في اللجة أو لعدم معرفتهم بالسباحة فعليه القصاص ان قتل من يجب القصاص بقتله وعليه ضمان السفينة بما فيها من مال ونفس ، وان كان خطأ فعليه ضمان العبيد ودية الأحرار على عاقلته ، وإن كان عمد خطأ مثل أن يأخذ السفينة ليصلح موضعا فقلع لوحا ، أو يصلح مسماراً فنقب موضعا ، فهذا عمد الخطأ ، وذكره القاضي وهو مذهب الشافعي . والصحيح أن هذا خطأ محض لأنه قصد فعلا مباحا فأفضى الى التلف لما لم يرده فأشبه ما لو رمى صيداً فأصاب آدميا ولكن إن قصد قلع اللوح في موضع الغالب أنه لا يتلفها فأتلفها فهو عمد الخطأ وفيه ما فيه والله أعلم .

كتاب الجهاد

روى أبو هريرة رضى الله عنه عن النبي (ص) قال « انتدب الله لمن خرج فى سبيله لا يخرجه إلا جهاد فى سبيلى وإيمان بى وتصديق برسولى فهو على ضامن أن أدخله الجنه أو أرجعه إلى مسكنه الذى خرج منه نائلا ما نال من أجر أو غنيمة » متفق عليه . ولمسلم « مثل المجاهد فى سبيل الله كمثل الصائم القائم » وعن أنس رضى الله عنه قال : قال رسول الله (ص) « لغدوة فى سبيل الله أو روحة خير من الدنيا وما فيها » رواه البخارى .

« مسألة » قال (والجهاد فرض على الكفاية إذا قام به قوم سقط عن الباقين)

معنى فرض الكفاية الذى ان لم يقم به من يكفى أثم الناس كلهم ، وان قام به من يكفى سقط عن سائر الناس ، فالخطاب فى ابتدائه يتناول الجميع كفرض الأعيان ثم يختلفان فى أن فرض الكفاية يسقط بفعل بعض الناس له ، وفرض الاعيان لا يسقط عن أحد بفعل غيره . والجهاد من فروض الاعيان لقول الله تعالى (انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم فى سبيل الله) ثم قال (إلا تنفروا يعذبكم عذاباً أليما) وقوله سبحانه (كتب عليكم القتال) وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي (ص) قال « من مات ولم يغز ولم يحدث نفسه بالغزو مات على شعبة من النفاق »

ولنا قول الله تعالى (لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون فى سبيل الله بأموالهم وأنفسهم، فضل الله المجاهدين بأموالهم وأنفسهم على القاعدين درجة وكلا وعد الله الحسنى) وهذا يدل على أن القاعدين غير آثمين مع جهاد غيرهم ، وقال الله تعالى (وما كان المؤمنون لينفروا كافة فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا) ولأن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث السرايا ويقيم هو وسائر أصحابه .

فأما الآية التى احتجوا بها فقد قال ابن عباس « نسخها قوله تعالى (وما كان

المؤمنون لينفروا كافة) » رواه الاثرم وأبو داود . ويحتمل أنه أراد حين استنفرهم النبى (ص) الى غزوة تبوك وكانت إجابتهم الى ذلك واجبة عليهم ، ولذلك هجر النبى (ص) كعب بن مالك وأصحابه الذين خلفوا حتى تاب الله عليهم بعد ذلك ، وكذلك يجب على من استنفره الإمام لقول النبى (ص) « واذا استنفرتم فانفروا » متفق عليه .

ومعنى الكفاية فى الجهاد أن ينهض للجهاد قوم يكفون فى قتالهم ، اما أن يكونوا جنداً لهم دواوين من أجل ذلك ، أو يكونوا قد أعدوا أنفسهم له تبرعا بحيث اذا قصدهم العدو حصلت المنعة بهم ويكون فى الثغور من يدفع العدو عنها ويبعث فى كل سنة جيش يغيرون على العدو فى بلادهم .

(فصل) ويتعين الجهاد فى ثلاثة مواضع :

أحدها : اذا التقى الزحفان وتقابل الصفان حرم على من حضر الانصراف وتعين عليه المقام لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيرا) وقوله (واصبروا ان الله مع الصابرين) وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الادبار . ومن يولهم يومئذ دبره الا متحرفا لقتال أو متحيزاً الى فئة فقد باء بغضب من الله)

الثانى : اذا نزل الكفار ببلد تعين على أهله قتالهم ودفعهم .

الثالث : اذا استنفر الإمام قوما لزمهم النفير معه لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ما لكم اذا قيل لكم انفروا فى سبيل الله اثاقلتم الى الارض) الآية ، والتى بعدها ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم « اذا استنفرتم فانفروا »

(فصل)

ويشترط لوجوب الجهاد سبعة شروط : الاسلام والبلوغ والعقل والحرية والذكورية والسلامة من الضرر ووجود النفقة ، فأما الاسلام والبلوغ والعقل فهى شروط لوجوب سائر الفروع ولان الكافر غير مأمون فى الجهاد والمجنون لا يتأتى منه الجهاد والصبى ضعيف البنية . وقد روى ابن عمر قال « عرضت على رسول الله (ص) يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة فلم يجزنى فى المقاتلة . متفق عليه ، وأما الحرية فتشترط لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يبايع

الحر على الإسلام والجهاد ، ويبايع العبد على الاسلام دون الجهاد ، ولأن الجهاد عبادة تتعلق بقطع مسافة فلم تجب على العبد كالحج . وأما الذكورية فتشترط لما روت عائشة قالت ، قلت يا رسول الله هل على النساء جهاد ؟ فقال : جهاد لا قتال فيه ، الحج والعمرة ، ولأنها ليست من أهل القتال لضعفها وخورها ، ولذلك لا يسهم لها ولا يجب على خنثى مشكل لانه لا يعلم كونه ذكراً فلا يجب مع الشك في شرطه وأما السلامة من الضرر فمعناه السلامة من العمى والعرج والمرض ، وهو شرط لقول الله تعالى (ليس على الاعمى حرج ولا الاعرج حرج ولا على المريض حرج) ولان هذه الاعذار تمنعه من الجهاد ، فأما العمى فمعروف ، وأما العرج فالمانع منه هو الفاحش الذي يمنع المشي الجيد والركوب كالزمانة ونحوها . وأما اليسير الذي يتمكن معه من الركوب والمشي وإنما يتعذر عليه شدة العدو فلا يمنع وجوب الجهاد لانه ممكن منه فشابه الاعور . وكذلك المرض المانع هو الشديد ، فأما اليسير منه الذي لا يمنع إمكان الجهاد ، كوجع الضرس والصداع الخفيف فلا يمنع الوجوب ، لانه لا يتعذر معه الجهاد فهو كالعور .

وأما وجود النفقة فيشترط لقول الله تعالى (ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله) ولان الجهاد لا يمكن الا بآلة فيعتبر القدرة عليها ، فإن كان الجهاد على مسافة لا تقصر فيها الصلاة اشترط أن يكون واجداً للزاد ونفقة عائلته في مدة غيبته وسلاح يقاتل به ، ولا تعتبر الراحلة لأنه سفر قريب . وإن كانت المسافة تقصر فيها الصلاة اعتبر مع ذلك الراحله لقول الله تعالى (ولا على الذين اذا ما أتوك لتحملهم قلت لا أجد ما أحملكم عليه تولوا وأعينهم تفيض من الدمع حزنا أن لا يجدوا ما ينفقون)

فصل

وأقل ما يفعل مرة في كل عام ، لان الجزية تجب على أهل الذمة في كل عام وهي بدل عن النصرة فكذلك مبدلها ، وهو الجهاد فيجب في كل عام مرة إلا من عذر ، مثل أن يكون بالمسلمين ضعف في عدد أو عدة أو يكون ينتظر المدد يستعين به ، أو يكون الطريق اليهم فيها مانع أو ليس فيها علف أو ماء ، أو يعلم

من عدوه حسن الرأى فى الاسلام فيطمع فى إسلامهم إن أخر قتالهم ونحو ذلك مما يرى المصلحة معه فى ترك القتال فيجوز تركه بهدنة ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قد صالح قريشا عشر سنين ، وأخر قتالهم حتى نقضوا عهده ، وأخر قتال قبائل من العرب بغير هدنة ، وإن دعت الحاجة إلى القتال فى عام أكثر من مرة وجب ذلك لانه فرض كفاية فوجب منه ما دعت الحاجة اليه .

« مسألة » قال (قال أبو عبد الله : لا أعلم شيئا من العمل بعد الفرائض أفضل من الجهاد)

روى هذه المسألة عن أحمد جماعة من أصحابه . قال الاثرم : قال أحمد : لا نعلم شيئا من أبواب البر أفضل من السبيل ، وقال الفضل بن زياد : سمعت أبا عبد الله وذكر له أمر العدو؟ فجعل يبكى ويقول : ما من أعمال البر أفضل منه ، وقال عنه غيره : ليس يعدل لقاء العدو شيء ومباشرة القتال بنفسه أفضل الاعمال ، والذين يقاتلون العدو هم الذين يدفعون عن الإسلام وعن حريمهم فأى عمل أفضل منه ؟ الناس آمنون وهم خائفون قد بذلوا مهج أنفسهم .

وقد روى ابن مسعود قال « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الاعمال أفضل ؟ قال الصلاة لمواقيتها ، قلت ثم أى ؟ قال ثم بر الوالدين . قلت ثم أى ؟ قال الجهاد فى سبيل الله » قال الترمذى : هذا حديث حسن صحيح

وروى أبو هريرة رضى الله عنه قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أى الاعمال أفضل ، أو أى الاعمال خير ؟ قال إيمان بالله ورسوله . قيل ثم أى شيء ، قال الجهاد سنام العمل ، قيل ثم أى ، قال : حج مبرور » أخرجه الترمذى وقال حديث حسن صحيح

وروى ابو سعيد الخدرى قال : قيل يا رسول الله أى الناس أفضل ، قال « مؤمن مجاهد فى سبيل الله بنفسه وماله » متفق عليه . وعن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ألا أخبركم بخير الناس ؟ رجل ممسك بعنان فرسه فى سبيل الله » قال الترمذى هذا حديث حسن

وروى الخلال بإسناده عن الحسن قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « والذى نفسى بيده ما بين السماء والأرض من عمل أفضل من جهاد فى سبيل الله أو حجة مبرورة ، لا رفث فيها ولا فسوق ولا جدال » ولأن الجهاد بذل المهجة والمال ونفعه يعم المسلمين كلهم صغيرهم وكبيرهم قويهم وضعيفهم ذكرهم وأنثاهم وغيره لا يساويه فى نفعه وخطره فلا يساويه فى فضله وأجره .

« مسألة » قال (وغزو البحر أفضل من غزو البر)

وجملته : أن الغزو فى البحر مشروع وفضله كثير ، قال أنس بن مالك « نام رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم استيقظ وهو يضحك قالت أم حرام : فقلت ما يضحكك يا رسول الله ؟ قال : ناس من أمتى عرضوا على غزاة فى سبيل الله يركبون ثبج هذا البحر ملوكا على الأسرة ، أو مثل الملوك على الأسرة » متفق عليه قال ابن عبد البر . أم حرام بنت ملحان أخت أم سليم خالة رسول الله صلى الله عليه وسلم من الرضاعة أرضعته أخت لهما ثالثة ، ولم نر هذا عن أحد سواه وأظنه إنما قال هذا لأن النبى صلى الله عليه وسلم كان ينام فى بيتها وينظر الى شعرها ، ولعل هذا كان قبل نزول الحجاب .

وروى أبو داود بإسناده عن أم حرام عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « المائد فى البحر الذى يصيبه القىء له أجر شهيد والغريق له أجر شهيدين » وروى ابن ماجه ، قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « شهيد البحر مثل شهيدى البر والمائد فى البحر كالمتشحط فى دمه فى البر وما بين الموجتين كقاطع الدنيا فى طاعة الله وان الله وكل ملك الموت بقبض الأرواح الا شهيد البحر فإنه يتولى قبض أرواحهم ويغفر لشهيد البر الذنوب كلها الا الدين ويغفر لشهيد البحر الذنوب والدين » ولأن البحر أعظم خطراً ومشقة ، فإنه بين العدو وخطر الغرق ولا يتمكن من الفرار الا مع أصحابه فكان أفضل من غيره .

(فصل) وقتال أهل الكتاب أفضل من قتال غيرهم ، وكان ابن المبارك يأتى من مرو لغزو الروم . فقيل له فى ذلك ؟ فقال : ان هؤلاء يقاتلون على دين

وقد روى عن النبي (ص) أنه قال لام خلاد «أن ابنك له أجر شهيدين ، قالت: ولم ذاك يا رسول الله ؟ قال : لانه قتله أهل الكتاب » رواه أبو داود .

« مسأله » قال (ويغزى مع كل بر وفاجر)

يعني مع كل امام قال أبو عبد الله وسئل عن الرجل يقول أنا لا أغزو ويأخذه ولد العباس انما يوفر الفيء عليهم ؟ فقال : سبحان الله هؤلاء قوم سوء هؤلاء القعدة مثبطون جهال فيقال أرأيتم لو أن الناس كلهم قعدوا كما قعدتم من كان يغزو ؟ أليس كان قد ذهب الإسلام ؟ ما كانت تصنع الروم ؟

وقد روى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الجهاد واجب عليكم مع كل أمير براً كان أو فاجراً » وبإسناده عن أنس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاث من أصل الايمان : الكف عمن قال لا اله الا الله لا نكفره بذنب ولا نخرجه من الإسلام بعمل ، والجهاد ماض منذ بعثني الله الى أن يقاتل آخر أمتي الدجال والايمان بالاقدار » ولان ترك الجهاد مع الفاجر يفضي الى قطع الجهاد وظهور الكفار على المسلمين ، واستئصالهم وظهور كلمة الكفر وفيه فساد عظيم قال الله تعالى (ولولا دفع الله الناس بعضهم ببعض لفسدت الارض) .

(فصل) قال أحمد لا يعجبني أن يخرج مع الامام أو القائد اذا عرف بالهزيمة وتضييع المسلمين وانما يغزو مع من له شفقة وحيطة على المسلمين فإن كان القائد يعرف بشرب الخمر والغلول يغزى معه انما ذلك في نفسه ويروى عن النبي (ص) « ان الله ليؤيد هذا الدين بالرجل الفاجر » .

(فصل) ولا يستصحب الامير معه مخذلا وهو الذي يثبط الناس عن الغزو ويزهدهم في الخروج اليه والقتال والجهاد مثل أن يقول : الحر أو البرد شديد والمشقة شديدة ولا تؤمن هزيمة هذا الجيش وأشباه هذا ولا مرجفا وهو الذي يقول : قد هلكت سرية المسلمين ومالهم مدد ولاطاقة لهم بالكفار والكفار لهم قوة ومدد وصبر ولا يثبت لهم أحد ونحو هذا ولا من يعين على المسلمين بالتجسس للكفار واطلاعهم على عورات المسلمين ومكاتبتهم باخبارهم ودلالتهم على عوراتهم

أو إيواء جواسيسهم ولا من يوقع العداوة بين المسلمين ويسعى بالفساد لقول الله تعالى (ولكن كره الله انبعاثهم فثبطهم وقيل اقعدوا مع القاعدين، لو خرجوا فيكم مازادوكم الا خبالا ولأوضعوا خلالكم يبغونكم الفتنة) ولأن هؤلاء مضرة على المسلمين فيلزمه منعهم .

وان خرج معه أحد هؤلاء لم يسهم له ولم يرضخ وان أظهر عون المسلمين لأنه يحتمل أن يكون أظهره نفاقا وقد ظهر دليله فيكون مجرد ضرر فلا يستحق مما غنموا شيئا ، وان كان الأمير أحد هؤلاء لم يستحب الخروج معه لأنه إذا منع خروجه تبعاً فتبوعا أولى : ولأنه لا تؤمن المضرة على من صحبه .

« مسألة » قال (ويقاتل كل قوم من يليهم من العدو)

الأصل فى هذا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا قاتلوا الذين يلونكم من الكفار) ولأن الأقرب أكثر ضرراً وفى قتاله دفع ضرره عن المقابل له وعمن وراءه والاشتغال بالبعيد عنه يمكنه من انتهاز الفرصة فى المسلمين لاشتغالهم عنه قيل لأحمد : يحكون عن ابن المبارك أنه قيل له تركت قتال العدو عندك وجئت الى ههنا ؟ قال هؤلاء أهل الكتاب فقال أبو عبد الله : سبحان الله ما أدرى ماهذا القول ؟ يترك العدو عنده ويجيء الى ههنا أفيكون هذا ؟ أو يستقيم هذا ؟

وقد قال الله تعالى (قاتلوا الذين يلونكم من الكفار) لو أن أهل خراسان كلهم عملوا على هذا لم يجاهد الترك أحد ، وهذا والله أعلم إنما فعله ابن المبارك لكونه متبرعا بالجهاد والكفاية حاصلة بغيره من أهل الديوان وأجناد المسلمين والمتبرع له ترك الجهاد بالكلية فكان له أن يجاهد حيث شاء ومع من شاء .

إذا ثبت هذا : فإن كان له عذر فى البداية بالأبعد لكونه أخوف أو لمصلحة فى البداية به لقربه وإمكان الفرصة منه أو لكون الأقرب مهادنا أو يمنع من قتاله مانع فلا بأس بالبداية بالابعد لكونه موضع حاجة .

(فصل) وأمر الجهاد موكول الى الامام واجتهاده ويلزم الرعية طاعته فيما يراه من ذلك وينبغى أن يبتدىء بترتيب قوم فى أطراف البلاد يكفون من بإزائهم من المشركين ويأمر بعمل حصونهم وحفر خنادقهم وجميع مصالحهم ويؤمر

فى كل ناحية أميراً يقلده أمر الحروب وتدبير الجهاد ويكون ممن له رأى وعقل ونجدة وبصر بالحرب ومكايدة العدو ويكون فيه أمانة ورفق ونصح للمسلمين وإنما يبدأ بذلك لأنه لا يأمن عليها من المشركين ، ويغزو كل قوم من يليهم إلا أن يكون فى بعض الجهات من لا يفى به من يليه فينقل اليهم قوما من آخرين ويتقدم الى من يؤمره أن لا يحمل المسلمين على مهلكة ولا يأمرهم بدخول مطمورة يخاف أن يقتلوا تحتها فإن فعل ذلك فقد أساء ويستغفر الله تعالى وليس عليه عقل ولا كفارة إذا اصيب واحد منهم بطاعته لأنه فعل ذلك باختياره ومعرفته فإن عدم الامام لم يؤخر الجهاد لأن مصلحته تفوت بتأخيره ، وان حصلت غنيمة قسمها اهلها على موجب الشرع .

قال القاضى : ويؤخر قسمة الاماء حتى يظهر إمام احتياطا للفروج ، فإن بعث الامام جيشا وامر عليهم اميراً فقتل او مات فللجيش ان يؤمروا احدهم كما فعل اصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فى جيش مؤتة لما قتل امراؤهم الذين امرهم النبى صلى الله عليه وسلم امروا عليهم خالد بن الوليد فبلغ النبى (ص) فرضى امرهم وصوب رأيهم وسمى خالدا يومئذ « سيف الله » .

فصل

قال احمد : قال عمر « وفروا الاظفار فى ارض العدو فإنه سلاح » قال احمد يحتاج اليها فى ارض العدو ، ألا ترى انه اذا اراد ان يحل الحبل او الشىء فاذا لم يكن له اظفار لم يستطع ، وقال عن الحكم بن عمرو « امرنا رسول الله (ص) ان لا نحفى الاظفار فى الجهاد ، فان القوة الاظفار »

(فصل) قال احمد يشيع الرجل اذا خرج ولا يتلقونه ، شيع على رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة تبوك « ولم يتلقه .

وروى عن ابى بكر الصديق (رض) انه شيع يزيد بن ابى سفيان حين بعثه الى الشام ويزيد راكب وابو بكر رضى الله عنه يمشى ، فقال له يزيد « يا خليفة رسول الله إما ان تركب وإما ان انزل انا فأمشى معك ، قال لا اركب ولا تنزل انى احتسب خطاى هذه فى سبيل الله » وشيع ابو عبد الله ابا الحارث الصائغ ونعلاه فى يديه ، وذهب الى فعل ابى بكر ، أراد ان تغبر قدماه فى سبيل الله .

وقال عن عوف بن مالك الخثعمي عن النبي صلى الله عليه وسلم « من أغبرت قدماه في سبيل الله حرمه الله على النار » قال أحمد ليس للخثعمي صحبه وهو قديم

« مسألة » قال (وتمام الرباط أربعون يوما)

معنى الرباط : الاقامة بالثغر مقويا للمسلمين على الكفار والثغر كل مكان يخيف أهله العدو ويخيفهم وأصل الرباط من رباط الخيل لان هؤلاء يربطون خيولهم وهؤلاء يربطون خيولهم كل يعد لصاحبه فسمي المقام بالثغر رباطا وان لم يكن فيه خيل وفضله عظيم وأجره كبير

قال أحمد ليس يعدل الجهاد عندي والرباط شيء والرباط دفع عن المسلمين وعن حريمهم وقوة لاهل الثغر ولأهل الغزو فالرباط أصل الجهاد وفرعه والجهاد افضل منه للعناء والتعب والمشقه .

وقد روى في فضل الرباط أخبار منها ما روى سلمان قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « رباط ليلة في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه فإن مات جرى عليه عمله الذي يعمل، وأجرى عليه رزقه وأمن الفتان » رواه مسلم .

وعن فضالة بن عبيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « كل ميت يختم على عمله إلا المرابط في سبيل الله فإنه ينمو له عمله الى يوم القيامة ويؤمن من فتان القبر » رواه أبو داود والترمذي . وقال حديث حسن صحيح ،

وعن عثمان بن عفان رضي الله عنه انه قال على المنبر « اني كنت كتمتكم حديثا سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم كراهية تفرقكم عني ، ثم بدا لي ان أحدثكموه ليختار امرؤ منكم لنفسه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: رباط يوم في سبيل الله خير من ألف يوم فيما سواه من المنازل » رواه أبو داود والأثرم وغيرهم .

اذا ثبت هذا : فان الرباط يقل ويكثر فكل مدة أقامها بنية الرباط فهو رباط قل أو كثر ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم « رباط يوم » و « رباط ليلة » قال أحمد : يوم رباط وليلة رباط وساعة رباط وقال عن أبي هريرة « ومن رابط يوما في سبيل الله كتب له أجر الصائم القائم ومن زاد زاده الله .

وروى سعيد بن منصور باسناده عن عطاء الخراسانى عن ابى هريرة « رباط يوم فى سبيل الله أحب الى من أن أوافق ليلة القدر فى أحد المسجدين ، مسجد الحرام أو مسجد رسول الله (ص) ومن رابط أربعين يوما فقد استكمل الرباط. وتمام الرباط أربعون يوما » روى ذلك عن ابى هريرة وابن عمر ، وقد ذكرنا خبر ابى هريرة .

وروى أبو الشيخ فى كتاب الثواب باسناده عن النبي (ص) أنه قال « تمام الرباط أربعون يوما » وروى عن نافع عن ابن عمر أنه قدم على عمر بن الخطاب من الرباط فقال له : كم رابطت ؟ قال ثلاثين يوما ، قال عزمت عليك الا رجعت حتى تتمها أربعين يوما : وان رابط أكثر فله أجره كما قال ابو هريرة ، ومن زاد زاده الله .

(فصل) وأفضل الرباط المقام بأشد الثغور خوفا لانهم أحوج ومقامه به أنفع . قال أحمد : أفضل الرباط أشدهم كلبا ، وقيل لأبى عبد الله : فأين أحب اليك أن ينزل الرجل بأهله ؟ قال : كل مدينة معقل للمسلمين مثل دمشق ، وقال أرض الشام أرض المحشر ودمشق [1] موضع يجتمع اليه الناس اذا غلبت الروم ، قيل لأبى عبد الله : فهذه الاحاديث التى جاءت « أن الله تكفل لى بالشام » ونحو هذا قال ما أكثر ما جاء فيه ، وقيل له ان هذا فى الثغور ، فأنكره وقال : أرض القدس أين هى؟ ولا يزال أهل الغرب ظاهرين هم أهل الشام ، ففسر احمد الغرب فى هذا الحديث بالشام ، وهو حديث صحيح رواه مسلم ، وإنما فسره بذلك لأن الشام يسمى مغربا لانه مغرب للعراق ، كما يسمى العراق مشرقا ولهذا قيل ولأهل المشرق ذات عرق ، وقد جاء فى حديث مصرحا به « لا تزال طائفة من أمتى ظاهرين على الحق لا يضرهم من خذلهم حتى يأتى أمر الله وهم بالشام »

وفى الحديث عن مالك بن يخامر عن معاذ بن جبل قال : وهم بالشام . رواه البخارى فى صحيحه ، وفى خبر عن أبى هريرة عن النبى (ص) قال « لا تزال

---

(١) قال شيخنا تقى الدين الزريرانى طاب ثراه : وجدت نسخة بالشام من المغنى وفيها ههنا فصل فى فضل دمشق

طائفة بدمشق ظاهرين ، أخرجه البخاري فى التاريخ ، وقد رويت فى الشام أخبار كثيرة منها حديث عبد الله بن حوالة الأزدي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ستجندون أجناداً جنداً بالشام وجنداً بالعراق وجندا باليمن » فقلت خر لى يارسول الله قال عليك بالشام فإنها خيرة الله من أرضه يجتبي اليها خيرته من عباده فمن أبى فليلحق باليمن ويشق من غدره فإن الله تكفل لى بالشام وأهله » رواه أبو داود بمعناه وكان أبو إدريس إذا روى هذا الخبر قال ومن تكفل الله به فلا ضيعة عليه .

وروى عن الأوزاعي قال : أتيت المدينة فسألت : من بهامن العلماء ؟ فقيل محمد بن المنكدر ومحمد بن كعب القرظي ومحمد بن على بن عبد الله بن العباس ومحمد ابن على بن الحسين بن على بن أبي طالب رضى الله عنه فقلت والله لأبدأن بهذا قبلهم فدخلت اليه فأخذ بيدى وقال من أى إخواننا أنت ؟ قلت من أهل الشام قال من أيهم ؟ قلت من أهل دمشق قال حدثنى أبى عن جدى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال « يكون للمسلمين ثلاث معاقل فمعقلهم فى الملحمة الكبرى التى تكون بعمق أناطا كية دمشق ومعقلهم من الدجال بيت المقدس ومعقلهم من يأجوج ومأجوج طور سيناء » رواه أبو نعيم فى الحلية .

وفى خبر آخر عن أبى الدرداء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « إن فسطاط المسلمين يوم الملحمة بالغوطة الى جانب مدينة يقال لها دمشق من خير مدائن الشام » أخرجه أبو داود .

وروى سعيد بن منصور فى سننه بإسناده عن أبى النضر أن عوف بن مالك أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله أوصنى قال « عليك بجبل الخمر » قال وما جبل الخمر ؟ قال « أرض المحشر » وبإسناده عن عطاء الخراساني بلغنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « رحم الله أهل المقبرة » ثلاث مرات فسئل عن ذلك فقال « تلك مقبرة تكون بعسقلان » فكان عطاء يرابط بها كل عام أربعين يوما حتى مات .

وروى الدارقطني فى كتابه المخرج على الصحيحين بإسناده عن ابن عمر أن

النبي صلى الله عليه وسلم صلى على مقبرة فقيل له يا رسول الله أي مقبرة هي ؟ قال « مقبرة بأرض العدو يقال لها عسقلان يفتتحها ناس من أمتي يبعث الله منها سبعين ألف شهيد فيشفع الرجـــل في مثل ربيعة ومضر ولكل عروس وعروس الجنة عسقلان » وبإسناده عن ابن عبـاس رضي الله عنه أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إني أريد أن أغزو . فقال « عليك بالشام وأهله ثم الزم من الشام عسقلان فإنها إذا دارت الرحى في أمتي كان أهلها في راحة وعافية » .

﴿ فصـــل ﴾

ومذهب أبي عبد الله كراهة نقل النساء والذرية الى الثغور المخوفة ، وهو قول الحسن والأوزاعي لما روى يزيد بن عبد الله قال : قال عمر لا تنزلوا المسلمين ضفة البحر ، رواه الأثرم بإسناده . ولأن الثغور المخوفة لا يؤمن ظفر العدو بها وبمن فيها واستيلاؤهم على الذرية والنساء : قيل لأبي عبد الله فتخاف على المنتقل بعياله الى الثغر الاثم . قال كيف لا اخاف الإثم وهو يعرض ذريته للمشركين . وقال كنت آمر بالتحول بالأهل والعيال الى الشام قبل اليوم فأنا انهى عنه الآن لأن الأمر قد اقترب ، وقال لا بد لهؤلاء القوم من يوم ، قيل فذلك في آخر الزمان ، قال فهذا آخر الزمان ، قيل فالنبي (ص) كان يقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها ، قال هذا للواحدة ليس الذرية ، وهذا من كلام احمد محمول على ان غير اهل الثغر لا يستحب لهم الانتقال بأهلهم الى ثغر مخوف .

فأما اهل الثغر فلا بد لهم من السكنى بأهلهم لولا ذلك لخربت الثغور وتعطلت وخص الثغور المخوفة ، بدليل انه اختار سكنى دمشق ونحوها مع كونها ثغراً لان الغالب سلامتها وسلامة اهلها .

(فصل) ويستحب لأهل الثغر ان يجتمعوا في المسجد الأعظم لصلواتهم كلها ليكون اجمع لهم واذا حضر النفير صادفهم مجتمعين فيبلغ الخبر جميعهم ، وان جاء خبر يحتاجون الى سماعه او امر يراد إعلامهم به يعلمونه ويراهم عين الكفار فيعلم كثرتهم فيخوف بهم .

قال احمد ان كانوا متفرقين يرى الجاسوس قلتهم ، قال وبلغني عن الاوزاعي أنه قال في المساجد التي بالثغر لو أن لي عليها ولاية لسمرت أبوابها ولم يقل لخربتها

حتى تكون صلاتهم فى موضع واحد حتى إذا جاء النفير وهم متفرقون لم يكونوا مثلهم إذا كانوا فى موضع واحد .

(فصل) وفى الحرس فى سبيل الله فضل كبير ، قال ابن عباس سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « عينان لا تمسهما النار عين بكت من خشية الله وعين باتت تحرس فى سبيل الله » رواه الترمذى . وقال حديث حسن غريب

وقال النبى صلى الله عليه وسلم رحم الله حارس الحرس » وعن سهل بن الحنظلية أنهم ساروا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين فأطنبوا السير حتى كان عشية قال « من يحرسنا الليلة ؟ » .

قال أنس بن أبى مرثد الغنوى أنا يا رسول الله قال « فاركب » فركب فرساً له وجاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له « استقبل هذا الشعب حتى تكون فى أعلاه ولا نغرن من قبلك الليلة » فلما أصبحنا جاء رسول الله (ص) الى مصلاه فركع ركعتين ثم قال « هل أحسستم فارسكم الليلة » قالوا : لا ، فثوب بالصلاة فجعل رسول الله (ص) يصلى وهو يلتفت الى الشعب حتى اذا قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاته وسلم قال « أبشروا قد جاءكم فارسكم » فإذا هو قد جاء حتى وقف على رسول الله (ص) فقال إنى انطلقت حتى كنت فى أعلى هذا الشعب حيث أمرنى رسول الله (ص) فلما أصبحت اطلعت الشعبين كليهما فنظرت فلم أر أحداً فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « هل نزلت الليلة » قال : لا ، إلا مصليا أو قاضيا حاجة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « قد أوجبت فلا عليك أن لا تعمل بعدها » رواه أبو داود .

وعن عثمان رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « حرس ليلة فى سبيل الله أفضل من ألف ليلة قيام ليلها وصيام نهارها » رواه ابن سنجر .

« مسألة » قال (واذا كان أبواه مسلمين لم يجاهد تطوعا إلا بإذنهما)

روى نحو هذا عن عمر وعثمان وبه قال مالك والأوزاعى والثورى والشافعى وسائر أهل العلم ، وقد روى عبد الله بن عمرو بن العاص قال : جاء رجل الى

رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله أجاهد . فقال « ألك أبوان . — قال نعم — قال ففيهما فجاهد » وعن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله رواه الترمذي . وقال حديث حسن صحيح .

وفي رواية فقال جئت أبايعك على الهجرة وتركت أبواى يبكيان قال « ارجع اليهما فأضحكهما كما أبكيتهما » وعن أبي سعيد أن رجلا هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « هل لك باليمن أحد ؟ » قال : نعم أبواى قال « أذنا لك » قال : لا . قال « فارجع فاستأذنهما فإن أذنا لك فجاهد وإلا فبرهما » رواهن أبو داود ، ولأن بر الوالدين فرض عين ، والجهاد فرض كفاية وفرض العين يقدم . فأما ان كان أبواه غير مسلمين فلا اذن لهما وبذلك قال الشافعي ، وقال الثوري لا يغزو إلا بإذنهما لعموم الاخبار .

ولنا أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يجاهدون وفيهم من له أبوان كافران من غير استئذانهما، منهم أبو بكر الصديق وأبو حذيفة بن عتبة بن ربيعة كان مع النبي صلى الله عليه وسلم يوم بدر وأبوه رئيس المشركين يومئذ قتل ببدر وأبو عبيدة قتل أباه في الجهاد فأنزل الله تعالى (لا تجد قوما) الآية ، وعموم الأخبار مخصص بما رويناه ، فأما إن كان أبواه رقيقين فعموم كلام الخرقي يقتضي وجوب استئذانهما لعموم الأخبار ولأنهما أبوان مسلمان فأشبها الحرين ويحتمل أن لا يعتبر إذنهما لأنه لا ولاية لهما وإن كانا مجنونين فلا إذن لهما لأنه لا يمكن استئذانهما .

« مسألة » قال (وإذا خوطب بالجهاد فلا إذن لهما ، وكذلك كل الفرائض لا طاعة لهما في تركها)

يعني إذا وجب عليه الجهاد لم يعتبر اذن والديه لأنه صار فرض عين وتركه معصية ولا طاعة لأحد في معصية الله ، وكذلك كل ما وجب مثل الحج والصلاة في الجماعة والجمع والسفر للعلم الواجب . قال الأوزاعي لا طاعة للوالدين في ترك الفرائض والجمع والحج والقتال لأنها عبادة تعينت عليه فلم يعتبر إذن الأبوين فيها

كالصلاة ولأن الله تعالى قال (ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا) ولم يشترط اذن الوالدين .

(فصـــل) وان خرج فى جهاد تطوع باذنهما فمنعاه منه بعد سيره وقبل وجوبه فعليه الرجوع لانه معنى لو وجد فى الابتداء منع فاذا وجد فى أثنائه منع كسائر الموانع الا أن يخاف على نفسه فى الرجوع أو يحدث له عذر من مرض أو ذهاب نفقة أو نحوه فان أمكنه الاقامة فى الطريق والا مضى مع الجيش فاذا حضر الصف تعين عليه بحضوره ولم يبق لهما اذن ، وان كان رجوعهما عن الاذن بعد تعين الجهاد عليه لم يؤثر رجوعهما شيئا ، وان كانا كافرين فأسلما ومنعاه كان ذلك كمنعهما بعد اذنهما سواء وحكم الغريم يأذن فى الجهاد ثم يمنع منه حكم الوالد على ما فصلناه ، فأما ان حدث للانسان فى نفسه عذر من مرض أو عمى أو عرج فله الانصراف سواء التقى الزحفان أو لم يلتقيا لأنه لا يمكنه القتال ولا فائدة فى مقامه .

(فصل) وإن أذن له والداه فى الغزو وشرطا عليه أن لا يقاتل فحضر القتال تعين عليه وسقط شرطهما كذلك قال الاوزاعى وابن المنذر لانه صار واجبا عليه فلم يبق لهما فى تركه طاعة ولو خرج بغير إذنهما فحضر القتال ثم بدا له الرجوع لم يجز له ذلك .

(فصل) ومن عليه دين حال أو مؤجل لم يجز له الخروج الى الغزو إلا بإذن غريمه إلا أن يترك وفاء أو يقيم به كفيلا او يوثقه برهن وبهذا قال الشافعى ورخص مالك فى الغزو لمن لا يقدر على قضاء دينه لأنه لا تتوجه المطالبة به ولا حبسه من أجله فلم يمنع من الغزو كما لو لم يكن عليه دين .

ولنا : أن الجهاد تقصد منه الشهادة التى تفوت بها النفس فيفوت الحق بفواتها وقد جاء أن رجلا جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إن قتلت فى سبيل الله صابرا محتسبا تكفر عنى خطاياى ؟ قال ، نعم إلا الدين فإن جبريل قال لى ذلك ، رواه مسلم .

وأما اذا تعين عليه الجهاد فلا إذن لغريمه لأنه تعلق بعينه فكان مقدما على ما فى ذمته كسائر فروض الاعيان ولكن يستحب له أن لا يتعرض لمظان القتل

من المبارزة والوقوف فى أول المقاتلة لان فيه تغريراً بتفويت الحق ، وإن ترك وفاء أو أقام كفيلا فله الغزو بغير إذن نص عليه أحمد فيمن ترك وفاء ، لأن عبد الله بن حرام أبا جابر بن عبد الله خرج الى أحد وعليه دين كثير فاستشهد وقضاه عنه ابنه بعلم النبي صلى الله عليه وسلم ولم يذمه النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك ولم ينكر فعله بل مدحه وقال « مازالت الملائكة تظله بأجنحتها حتى رفعتموه » وقال لإبنه جابر « أشعرت أن الله أحيا أباك وكلمه كفاحا »

« مسألة » قال (ويقاتل أهل الكتاب والمجوس ولا يدعون ، لأن الدعوة قد بلغتهم ويدعى عبدة الأوثان قبل أن يحاربوا)

أما قوله فى أهل الكتاب والمجوس لا يدعون قبل القتال فهو على عمومه لأن الدعوة قد انتشرت وعمت فلم يبق منهم من لم تبلغه الدعوة إلا نادر بعيد . وأما قوله يدعى عبدة الأوثان قبل ان يحاربوا فليس بعام ، فإن من بلغته الدعوة منهم لا يدعون ، وان وجد منهم من لم تبلغه الدعوة دعى قبل القتال ، وكذلك إن وجد من أهل الكتاب من لم تبلغه الدعوة دعوا قبل القتال .

قال احمد : إن الدعوة قد بلغت وانتشرت ، ولكن ان جاز أن يكون قوم خلف الروم وخلف الترك على هذه الصفة لم يجز قتالهم قبل الدعوة ، وذلك لما روى بريدة قال : كان النبي صلى الله عليه وسلم إذا بعث أميراً على سرية أو جيش أمره بتقوى الله فى خاصته وبمن معه من المسلمين وقال « إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى ثلاث خصال ، فأيتهن أجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ، ادعهم الى الاسلام فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ، فإن هم أبوا فادعهم الى اعطاء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فإن أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم » رواه أبو داود ومسلم

وهذا يحتمل أنه كان فى بدء الأمر قبل انتشار الدعوة وظهور الاسلام . فأما اليوم فقد انتشرت الدعوة فاستغنى بذلك عن الدعاء عند القتال .

قال أحمد : كان النبي صلى الله عليه وسلم يدعو الى الاسلام قبل أن يحارب حتى أظهر الله الدين وعلا الاسلام ، ولا أعرف اليوم أحداً يدعى . قد بلغت الدعوة كل أحد ، فالروم قد بلغتهم الدعوة وعلموا ما يراد منهم ، وإنما كانت الدعوة فى أول الاسلام وإن دعا فلا بأس .

وقد روى ابن عمر رضى الله عنه أن النبي (ص) أغار على بنى المصطلق وهم غارون آمنون وإبلهم تسقى على الماء فقتل المقاتلة وسبى الذرية ، متفق عليه . وعن الصعب بن جثامة قال . سمعت رسول الله (ص) يسأل عن الديار من ديار المشركين يبيتون فيصيبون من نسائهم وذراريهم فقال « هم منهم » متفق عليه . وقال سلمة بن الاكوع « أمر رسول الله (ص) أبا بكر فغزونا ناسا من المشركين فبيتناهم» رواه ابو داود .

ويحتمل ان يحمل الأمر بالدعوة فى حديث بريدة على الاستحباب فإنها مستحبة فى كل حال . وقد روى « أن النبي (ص) أمر علياً حين أعطاه الراية يوم خيبر وبعثه الى قتالهم ان يدعوهم وهم ممن بلغتهم الدعوة ، رواه البخارى . ودعا خالد بن الوليد طليحة الاسدى حين تنبأ فلم يرجع فأظهره الله عليه ودعا سلمان أهل فارس . فإذا ثبت هذا فإن كان المدعو من أهل الكتاب أو مجوسا دعاهم الى الاسلام ، فان أبوا دعاهم الى اعطاء الجزية فان ابوا قاتلهم ، وان كانوا من غيرهم دعاهم الى الاسلام فان ابوا قاتلهم ، ومن قتل منهم قبل الدعاء لم يضمن لأنه لا ايمان له ولا امان فلم يضمن كنساء من بلغته الدعوة وصبيانهم

« مسألة » قال (ويقاتل أهل الكتاب والمجوس حتى يسلموا أو يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ويقاتل من سواهم من الكفار حتى يسلموا)

وجملته ان الكفار ثلاثة أقسام :

قسم أهل كتاب ، وهم اليهود والنصارى ومن اتخذ التوراة والانجيل كتابا كالسامرة والفرنج ونحوهم فهؤلاء تقبل منهم الجزية ويقرون على دينهم إذا بذلوها لقول الله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون

ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون)

وقسم لهم شبهة كتاب وهم المجوس ، فحكمهم حكم أهل الكتاب فى قبول الجزية منهم وإقرارهم بها لقول النبي (ص) « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ولا نعلم بين أهل العلم خلافا فى هذين القسمين

وقسم لا كتاب لهم ولا شبهة كتاب ، وهم من عدا هذين القسمين من عبدة الأوثان ومن عبد ما استحسن وسائر الكفار فلا تقبل منهم الجزية ولا يقبل منهم سوى الاسلام ، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب الشافعي .

وروى عن أحمد أن الجزية تقبل من جميع الكفار إلا عبدة الأوثان من العرب ، وهو مذهب أبي حنيفة لأنهم يقرون على دينهم بالاسترقاق فيقرون ببذل الجزيه كالمجوس . وحكى عن مالك أنها تقبل من جميع الكفار إلا كفار قريش لحديث بريدة الذى فى المسألة قبل هذه وهو عام ، ولأنهم كفار فأشبهوا المجوس

ولنا عموم قوله تعالى (اقتلوا المشركين) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » خص منهما أهل الكتاب بقوله تعالى (من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) والمجوس بقوله « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » فمن عداهما يبقى على مقتضى العموم ولأن الصحابة رضي الله عنهم توقفوا فى أخذ الجزية من المجوس ولم يأخذ عمر منهم الجزية حتى روى له عبد الرحمن بن عوف أن النبي (ص) قال « سنوا بهم سنة أهل الكتاب »

وثبت عندهم أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية من مجوس هجر . وهذا يدل على أنهم لم يقبلوا الجزية ممن سواهم ، فإنهم اذا توقفوا فيمن له شبهة كتاب ففيمن لا شبهة له أولى ، ثم أخذ الجزية منهم للخبر المختص بهم فيدل على أنهم لم يأخذوها من غيرهم ، ولان قول النبي عليه السلام « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » يدل على اختصاص أهل الكتاب ببذل الجزية ، اذ لو كان عاما فى جميع الكفار لم يختص أهل الكتاب بإضافتها اليهم ، ولأنهم تغلظ كفرهم لكفرهم بالله وجميع

كتبه ورسله ، ولم تكن لهم شبهة فلم يقروا ببذل الجزية كقريش وعبدة الاوثان من العرب ، ولأن تغليظ الكفر له أثر فى تحتم القتل ، وكونه لا يقر بالجزية بدليل المرتد .

وأما المجوس فإن لهم شبهة كتاب ، والشبهة تقوم مقام الحقيقة فيما يبنى على الاحتياط فحرمت دماؤهم ، ولم يثبت حل نسائهم وذبائحهم ، لان الحل لا يثبت بالشبهة ، ولان الشبهة لما اقتضت تحريم دمائهم اقتضت تحريم ذبائحهم ونسائهم ليثبت التحريم فى المواضع كلها تغليبا له على الإباحة ، ولا نسلم أنهم يقرون على دينهم بالاسترقاق .

« مسألة » قال (وواجب على الناس اذا جاء العدو أن ينفروا المقل منهم والمكثر ولا يخرجوا الى العدو الا باذن الامير الا أن يفجأهم عدو غالب يخافون كلبه فلا يمكنهم أن يستأذنوه)

قوله المقل منهم والمكثر ، يعنى به والله أعلم الغنى والفقير ، أى مقل من المال ومكثر منه ، ومعناه أن النفير يعم جميع الناس ممن كان من أهل القتال حين الحاجة الى نفيرهم لمجىء العدو اليهم ، ولا يجوز لأحد التخلف الا من يحتاج الى تخلفه لحفظ المكان والاهل والمال ومن يمنعه الامير من الخروج أو من لا قدرة له على الخروج أو القتال ، وذلك لقول الله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) وقول النبى صلى الله عليه وسلم « اذا استنفرتم فانفروا »

وقد ذم الله تعالى الذين أرادوا الرجوع الى منازلهم يوم الاحزاب فقال تعالى (ويستأذن فريق منهم النبى يقولون ان بيوتنا عورة وما هى بعورة ان يريدون الا فرارا) ولأنهم اذا جاء العدو صار الجهاد عليهم فرض عين فوجب على الجميع فلم يجز لأحد التخلف عنه .

فاذا ثبت هذا فانهم لا يخرجون الا باذن الامير لأن أمر الحرب موكول اليه وهو أعلم بكثرة العدو وقلتهم ، ومكامن العدو وكيدهم ، فينبغى أن يرجع الى رأيه لانه أحوط للمسلمين ، الا أن يتعذر استئذانه لمفاجأة عدوهم لهم فلا يجب استئذانه ، لان المصلحة تتعين فى قتالهم والخروج اليهم لتعين الفساد فى تركهم ،

ولذلك لما أغار الكفار على لقاح النبي صلى الله عليه وسلم فصادفهم سلمة بن الأكوع خارجا من المدينة تبعهم فقاتلهم من غير إذن فمدحه النبي صلى الله عليه وسلم وقال « خير رجالتنا سلمة بن الاكوع » وأعطاه سهم فارس وراجل .

(فصـــل)

وسئل أحمد عن الإمام إذا غضب على الرجل فقال اخرج عليك ان لا تصحبني فنادى بالنفير يكون إذناً له ؟ قال لا إنما قصد له وحده فلا يصحبه حتى يأذن له ، قال واذا نودى بالصلاة والنفير ، فإن كان العدو بالبعد انما جاءهم طليعة للعدو صلوا ونفروا اليهم ، واذا استغاثوا بهم وقد ورد العدو أغاثوا ونصروا وصلوا على ظهور دوابهم ويومون ، والغياث عندي أفضل من صلاة الجماعة ، والطالب والمطلوب في هذا الموضع يصلي على ظهر دابته وهو يسير أفضل انشاء الله تعالى . واذا سمع النفير وقد أقيمت الصلاة ، يصلي ويخفف ويتم الركوع والسجود ويقرأ بسور قصار ، وقد نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو جنب ، يعني غسيل الملائكة حنظلة بن الراهب قال : ولا يقطع الصـــلاة اذا كان فيها ، واذا جاء النفير والامام يخطب يوم الجمعة لا ترى أن ينفروا؟ قال ولا تنفر الخيل الا على حقيقة ، ولا تنفر على الغلام اذا أبق اذا أنفروهم فلا يكون هلاك الناس بسبب غلام ، واذا نادى الامام الصلاة جامعة لأمر يحدث فيشاور فيه لم يتخلف عنه أحد الا من عذر .

« مسألة » قال (ولا يدخل مع المسلمين من النساء الى أرض العدو الا الطاعنة في السن لسقي الماء ومعالجة الجرحى كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم)

وجملته أنه يكره دخول النساء الشواب أرض العدو لأنهن لسن من أهل القتال وقلما ينتفع بهن فيه لاستيلاء الخور والجبن عليهن ولا يؤمن ظفر العدو بهن فيستحلون ما حرم الله منهن .

وقد روى حشرج بن زياد عن جدته أم أبيه أنها خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث الينا فجئنا فرأينا فيه الغضب فقال « مع من خرجتن؟ » فقلنا يا رسول الله

خرجنا نغزل الشعر ونعين به فى سبيل الله ومعنا دواء للجرحى ونناول السهام ونسق السويق فقال «قن» حتى إذا فتح الله خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال، فقلت لها يا جدة ما كان ذلك؟ قالت تمراً، قيل للأوزاعى: هل كانوا يغزون معهم بالنساء فى الصوائف؟ قال لا إلا بالجوارى، فأما المرأة الطاعنة فى السن وهى الكبيرة اذا كان فيها نفع مثل سقى الماء ومعالجة الجرحى فلا بأس به، لما روينا من الخبر، وكانت أم سليم ونسيبة بنت كعب تغزوان مع النبى (ص). فأما نسيبة فكانت تقاتل وقطعت يدها يوم اليمامة، وقالت الربيع: كنا نغزو مع النبى صلى الله عليه وسلم لسقى الماء ومعالجة الجرحى.

وقال أنس: كان رسول الله (ص) يغزو بأم سليم ونسوة معها من الأنصار يسقين الماء ويداوين الجرحى. قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح

فإن قيل فقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يخرج معه من تقع عليها القرعة من نسائه وخرج بعائشة مرات؟

قيل: تلك امرأة واحدة يأخذها لحاجته اليها، ويجوز مثل ذلك للأمير عند حاجته، ولا يرخص لسائر الرعية لئلا يفضى الى ما ذكرنا.

(فصـــل)

ينبغى للأمير أن يرفق بجيشه ويسير بهم سير أضعفهم لئلا يشق عليهم، وان دعت الحاجة الى الجد فى السير جاز له، فإن النبى صلى الله عليه وسلم جد فى السير جداً شديداً حين بلغه قول عبد الله بن أبى (ليخرجن الأعز منها الأذل) ليشتغل الناس عن الخوض فيه، وان عمر جد فى السير حين استصرخ على صفية امرأته، ولا يميل الامير مع موافقيه فى المذهب والنسب على مخالفيه فيهما لئلا يكسر قلوبهم فيخذلونه عند حاجته اليهم، ويكثر المشاورة لذوى الرأى من أصحابه، فان الله تعالى قال (وشاورهم فى الأمر) ويتخير المنازل لأصحابه، واذا وجد رجل رجلا قد أصيبت فرسه ومع الآخر فضل استحب له حمله ولم يجب، نص عليه أحمد، فان خاف تلفه فقال القاضى يجب عليه بذل فضل مركوبه ليحيى به صاحبه كما يلزمه بذل فضل طعامه للمضطر اليه وتخليصه من عدوه.

(فصل) وسئل أحمد عن الرجلين يشتريان الفرس بينهما يغزوان عليه يركب

هذا عقبة وهذا عقبة ما سمعت فيه بشيء وأرجو أن لا يكون به بأس ، قيل له أيما أحب اليك ؟ يعتزل الرجل فى الطعام أو يرافق ؟ قال يرافق هذا أرفق يتعاونون واذا كنت وحدك لم يمكنك الطبخ ولا غيره فلا بأس بالنهد قد تناهد الصالحون كان الحسن اذا سافر ألقى معهم ويزيد أيضا بعد ما يلقى ، ومعنى النهد أن يخرج كل واحد من الرفقة شيئا من النفقة يدفعونه الى رجل ينفق عليهم منه ويأكلون جميعا وكان الحسن البصرى يدفع الى وكيلهم مثل واحد منهم ثم يعود فيأتى سراً بمثل ذلك يدفعه اليه .

وقال أحمد : ما أرى أن يغزو ومعه مصحف ، يعنى لا يدخل به أرض العدو لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تسافروا بالقرآن الى أرض العدو » رواه أبو داود والاثرم .

« مسألة » قال (واذا غزا الأمير بالناس لم يجز لأحد أن يتعلف ولا يحتطب ولا يبارز علجا ولا يخرج من العسكر ولا يحدث حدثا الا باذنه)

يعنى لا يخرج من العسكر لتعلف ، وهو تحصيل العلف للدواب ولا لاحتطاب ولا غيره الا باذن الامير لقول الله تعالى (انما المؤمنون الذين آمنوا بالله ورسوله واذا كانوا معه على أمر جامع لم يذهبوا حتى يستأذنوه) ولأن الأمير أعرف بحال الناس وحال العدو ومكامنهم ومواضعهم وقربهم وبعدهم، فاذا خرج خارج بغير اذنه لم يأمن أن يصادف كمينا للعدو فيأخذوه أو طليعة لهم أو يرحل الامير بالمسلمين ويتركه فيهلك . واذا كان باذن الامير لم يأذن لهم الا الى مكان أمن ، وربما يبعث معهم من الجيش من يحرسهم ويطلع لهم ، وأما المبارزة فتجوز باذن الامير فى قول عامة أهل العلم الا الحسن فانه لم يعرفها وكرهها .

ولنا أن حمزة وعليا وعبيدة بن الحارث بارزوا يوم بدر باذن النبى صلى الله عليه وسلم ، وبارز على عمرو بن عبد ود فى غزوة الخندق فقتله ، وبارز مرحبا يوم حنين ، وقيل بارزه محمد بن مسلمة وبارزه قبل ذلك عامر بن الاكوع فاستشهد ، وبارز البراء بن مالك مرزبان الدارة فقتله وأخذ سلبه فبلغ ثلاثين ألفا ،

وروى عنه أنه قال : قتلت تسعة وتسعين رئيسا من المشركين مبارزة سوى من شاركت فيه ، وبارز شبر بن علقمة أسوارا فقتله فبلغ سلبه إثنى عشر ألفا ، فنفله إياه سعد ، ولم يزل أصحاب النبي (ص) يبارزون فى عصر النبي صلى الله عليه وسلم وبعده ولم ينكره منكر فكان ذلك إجماعا ، وكان أبوذر يقسم أن قوله تعالى (هذان خصمان اختصموا فى ربهم) نزلت فى الذين تبارزوا يوم بدر ؛ وهم حمزة وعلى وعبيدة بارزوا عتبة وشيبة والوليد بن عتبة . وقال أبو قتادة : بارزت رجلا يوم حنين فقتلته .

إذا ثبت هذا فإنه ينبغى أن يستأذن الأمير فى المبارزة إذا أمكن ، وبه قال الثورى وإسحاق ورخص فيها مالك والشافعى وابن المنذر لخبر أبى قتادة فإنه لم يعلم أنه استأذن النبي صلى الله عليه وسلم ، وكذلك أكثر من حكينا عنهم المبارزة لم يعلم منهم استئذان .

ولنا أن الإمام أعلم بفرسانه وفرسان العدو ومتى برز الانسان الى من لا يطيقه كان معرضا نفسه للهلاك فيكسر قلوب المسلمين فينبغى أن يفوض ذلك الى الامام ليختار للمبارزة من يرضاه لها فيكون أقرب الى الظفر وجبر قلوب المسلمين وكسر قلوب المشركين ، فإن قيل فقد أبحتم له أن ينغمس فى الكفار وهو سبب لقتله ؛ قلنا إذا كان مبارزا تعلقت قلوب الجيش به وارتقبوا ظفره ، فان ظفر جبر قلوبهم وسرهم وكسر قلوب الكفار ، وان قتل كان بالعكس ؛ والمنغمس يطلب الشهادة لا يترقب منه ظفر ولا مقاومة فافترقا .

وأما مبارزة أبى قتادة فغير لازمة فانها كانت بعد التحام الحرب رأى رجلا يريد أن يقتل مسلما فضربه أبو قتادة ، فالتفت الى أبى قتادة فضمه ضمة كاد يقتله ، وليس هذا هو المبارزة المختلف فيها ، بل المختلف فيها أن يبرز رجل بين الصفين قبل التحام الحرب يدعو الى المبارزة ، فهذا هو الذى يعتبر له إذن الامام ، لأن عين الطائفتين تمتد اليهما وقلوب الفريقين تتعلق بهما وأيهما غلب سر أصحابه وكسر قلوب أعدائه بخلاف غيره .

إذا ثبت هذا فالمبارزة تنقسم ثلاثة أقسام : مستحبة ومباحة ومكروهة . أما المستحبة فاذا خرج علج يطلب البراز استحب لمن يعلم من نفسه القوة والشجاعة

مبارزته باذن الأمير لأن فيه رداً عن المسلمين وإظهاراً لقوتهم ، والمباح أن يبتدىء الرجل الشجاع بطلبها فيباح ، ولا يستحب لانه لا حاجة اليها ولا يأمن أن يغلب فيكسر قلوب المسلمين ، إلا أنه لما كان شجاعا واثقا من نفسه أبيح له لانه بحكم الظاهر غالب ، والمكروه أن يبرز الضعيف المنة الذى لا يثق من نفسه فتكره له المبارزة لما فيه من كسر قلوب المسلمين بقتله ظاهراً .

(فصل) اذا خرج كافر يطلب البراز جاز رميه وقتله لانه مشرك لا عهد له ولا أمان له فأبيح قتله كغيره الا أن تكون العادة جارية بينهم أن من خرج يطلب المبارزة لا يعرض له فيجرى ذلك مجرى الشرط . واذا خرج اليه أحد يبارزه بشرط أن لا يعينه عليه سواه وجب الوفاء بشرطه لأن المؤمنين عند شروطهم ، فان انهزم المسلم تاركا للقتال أو مثخنا بجراحته جاز لكل أحد قتاله لان المسلم اذا صار الى هذه الحال فقد انقضى قتاله ، وان كان المسلم شرط عليه أن لا يقاتل حتى يرجع الى صفه وفى له بالشرط الا أن يترك قتاله أو ثخنه بالجراح فيتبعه ليقتله أو يجيز عليه فيجوز أن يحولوا بينه وبينه فان قاتلهم قاتلوه لانه اذا منعهم انقاذه فقد نقض أمانه ، وان أعان الكفار صاحبهم فعلى المسلمين ان يعينوا صاحبهم أيضا ويقاتلون من أعان عليه ولا يقاتلونه لأنه ليس بصنع من جهته ، فان كان قد استنجدهم أو علم منه الرضا بفعلهم صار ناقضا لأمانه وجاز لهم قتله . وذكر الاوزاعى أنه ليس للمسلمين معاونة صاحبهم وان أثخن بالجراح ، قيل له نخاف المسلمون على صاحبهم ؟ قال وان لان المبارزة إنما تكون هكذا ، ولكن لو حجزوا بينهما وخلوا سبيل العلج ، قال فان أعان العدو صاحبهم فلا بأس أن يعين المسلمون صاحبهم . ولنا أن حمزة وعليا أعانا عبيدة بن الحارث على قتل شيبة بن ربيعة حين أثخن عبيدة .

(فصل) وتجوز الخدعة فى الحرب للمبارز وغيره ، لان النبى (ص) قال « الحرب خدعة » وهو حديث حسن صحيح

وروى أن عمرو بن عبد ود بارز عليا كرم الله وجهه فلما أقبل عليه قال على ما برزت لأقاتل اثنين ، فالتفت عمرو فوثب عليه فضربه ، فقال عمرو خدعتنى، فقال على . الحرب خدعة .

(فصل) قال أحمد : إذا غزوا فى البحر فأراد رجل أن يقيم بالساحل يستأذن الوالى الذى هو على جميع المراكب ولا يجزئه أن يستأذن الوالى الذى فى مركبه

« مسألة » قال (ومن أعطى شيئا يستعين به فى غزاته فما فضل فهو له فإن لم يعط لغزاة بعينها رد ما فضل فى الغزو)

وجملته أن من أعطى شيئا من المال يستعين به فى الغزو لم يخل إما أن يعطى لغزوة بعينها أو فى الغزو مطلقا ، فإن أعطى لغزوة بعينها فما فضل بعد الغزو فهو له . هذا قول عطاء ومجاهد وسعيد بن المسيب وكان ابن عمر إذا أعطى شيئاً فى الغزو يقول لصاحبه اذا بلغت وادى القرى فشأنك به ، ولأنه أعطاه على سبيل المعاونة والنفقة لا على سبيل الاجارة فكان الفاضل له ، كما لو وصى أن يحج عنه فلان حجة بألف ، وان أعطاه شيئا لينفقه فى سبيل الله أو فى الغزو مطلقاً ففضل منه فضل أنفقه فى غزاة أخرى لأنه أعطاه الجميع لينفقه فى جهة قربة فلزمه انفاق الجميع فيها كما لو وصى أن يحج عنه بألف .

(فصل) ومن أعطى شيئاً ليستعين به فى الغزو فقال أحمد لا يترك لأهله منه شيئا لأنه ليس يملكه الا أن يصير الى رأس مغزاة فيكون كهيئة ماله فيبعث الى عياله منه ولا يتصرف فيه قبل الخروج لئلا يتخلف عن الغزو فلا يكون مستحقا لما أنفقه الا أن يشترى منه سلاحا أو آلة الغزو فإن قصد اعطاءه لمن يغزو به فقال أحمد لا يتخذ منه سفرة فيها طعام فيطعم منها أحداً لأنه انما أعطيها لينفقها فى جهة مخصوصة وهى الجهاد .

« مسأله » قال (واذا حمل الرجل على دابة فإذا رجع من الغزو فهى له الا أن يقول هى حبيس فلا يجوز أن تباع الا أن تصير فى حال لا تصلح فيه للغزو فتباع وتجعل فى حبيس آخر ، وكذلك المسجد اذا ضاق بأهله اذا كان فى مكان لا ينتفع به جاز أن يباع ويجعل فى مكان ينتفع به ؛ وكذلك الأضحية اذا أبدلها بخير منها)

قوله : حمل الرجل على دابة يعنى أعطيها ليغزو عليها فإذا غزا عليها ملكها

كما يملك النفقة المدفوعة اليه الا أن تكون عارية فتكون لصاحبها أو حبيسا فتكون حبيسا بحاله .

قال عمر رضي الله عنه حملت على فرس عتيق في سبيل الله فأضاعه صاحبه الذي كان عنده فأردت أن أشتريه وظننته بائعه برخص فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « لا تشتره ولا تعد في صدقتك : وان أعطاكه بدرهم فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه » متفق عليه .

وهذا يدل على أنه ملكه لولا ذلك ما باعه ويدل على أنه ملكه بعد الغزو لأنه أقامه للبيع بالمدينة ولم يكن ليأخذه من عمر ثم يقيمه للبيع في الحال فدل على أنه أقامه للبيع بعد غزوه عليه ، وذكر أحمد نحواً من هذا الكلام وسئل متى يطيب له الفرس ؟ قال اذا غزا عليه ، قيل له فان العدو جاءنا فخرج على هذا الفرس في الطلب الى خمس فراسخ ثم رجع ، قال : لا حتى يكون غزا ، قيل له فحديث ابن عمر اذا بلغت وادي القرى فشأنك به ، قال ابن عمر كان يصنع ذلك في ماله ورأى أنه انما يستحقه اذا غزا عليه وهذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب وسالم والقاسم ويحيى الأنصاري ومالك والليث والثوري ونحوه عن الأوزاعي .

قال ابن المنذر: ولا أعلم أحداً يقول ان له بيعه في مكانه وكان مالك لا يرى أن ينتفع بثمنه في غير سبيل الله الا أن يقول له شأنك به ما أردت .

ولنا : حديث عمر وليس فيه ما اشترط مالك ، فأما اذا قال هي حبيس فلا يجوز بيعها وقد سبق شرح هذه المسألة في باب الوقف ويأتي شرح حكم الأضحية في بابها ان شاء الله .

(فصل) قال أحمد لا يركب دواب السبيل في حاجة ويركبها ويستعملها في سبيل الله ولا يركب في الأمصار والقرى ولا بأس أن يركبها ويعلفها وأكره سباق الرمك على الفرس الحبيس وسهم الفرس الحبيس لمن غزا عليه ولا يباع الفرس الحبيس الا من علة اذا عطب يصير للطحن ويصير ثمنه في مثله أو ينفق ثمنه على الدواب الحبيس واذا أراد أن يشتري فرسا ليحمل عليه فقال أحمد يستحب شراؤها من غير الثغر ليكون توسعة على أهل الثغر في الجلب .

« مسألة » قال (واذا سبي الإمام فهو مخـــير ان رأى قتلهم وان رأى منّ عليهم وأطلقهم بلا عوض ، وان رأى أطلقهم على مال يأخذه منهم ، وان رأى فادى بهم ، وإن رأى استرقهم ، أى ذلك رأى فيه نكاية للعدو وحظاً للمسلمين فعل)

وجملته . أن من أسر من أهل الحرب على ثلاثة أضرب .

أحدها : النساء والصبيان فلا يجوز قتلهم ويصيرون رقيقا للمسلمين بنفس السبي لأن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن قتل النساء والولدان » متفق عليه ، وكان عليه السلام يسترقهم إذا سباهم .

الثاني : الرجال من أهل الكتاب والمجوس الذين يقرون بالجزية فيخير الإمام فيهم بين أربعة أشياء . القتل والمن بغير عوض والمفاداة بهم واسترقاقهم .

الثالث : الرجال من عبدة الأوثان وغيرهم ممن لا يقر بالجزية فيتخير الامام فيهم بين ثلاثة أشياء ، القتل أو المن والمفاداة ولا يجوز استرقاقهم ، وعن أحمد جواز استرقاقهم وهو مذهب الشافعي وبما ذكرنا فى أهل الكتاب ، قال الاوزاعى والشافعي وأبو ثور ، وعن مالك كمذهبنا وعنه لا يجوز المن بغير عوض لانه لا مصلحه فيه وانما يجوز للامام فعل ما فيه المصلحة .

وحكى عن الحسن وعطاء وسعيد بن جبير كراهة قتل الأسرى وقالوا لو من عليه أو فاداه كما صنع بأسارى بدر ولأن الله تعـالى قال (فشدوا الوثاق فإما مناً بعد وإما فداء) فخير بين هذين بعد الأسر لا غير .

وقال أصحاب الرأى : إن شاء ضرب أعناقهم وإن شاء استرقهم لا غـــير ، ولا يجوز منّ ولا فداء لأن الله تعالى قال (اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) بعد قوله (فإما مناً بعد وإما فداء) وكان عمر بن عبد العزيز وعياض بن عقبة يقتلان الأسارى .

ولنا على جواز المن والفداء قول الله تعـالى (فإما مناً بعد وإما فداء) وأن النبي (ص) منّ على ثمامه بن أثال وأبي عزة الشاعر وأبي العاص بن الربيع وقال فى أسارى بدر « لو كان مطعم بن عدي حيا ثم سألنى فى هؤلاء النتنى لأطلقتهم له »

وفادى أسارى بدر وكانوا ثلاثة وسبعين رجلا كل رجل منهم بأربعمائة وفادى يوم بدر رجلا برجلين وصاحب العضباء برجلين .

وأما القتل فلأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل رجال بنى قريظة وهم بين الستمائة والسبعمائة وقتل يوم بدر النضر بن الحارث وعقبة بن أبي معيط صبراً وقتل ابا عزة يوم أحد وهذه قصص عمت واشتهرت وفعلها النبي صلى الله عليه وسلم مرات وهو دليل على جوازها ولان كل خصلة من هذه الخصال قد تكون أصلح في بعض الأسرى فان منهم من له قوة ونكاية في المسلمين وبقاؤه ضرر عليهم فقتله اصلح ومنهم الضعيف الذى له مال كثير ففداؤه اصلح ، ومنهم حسن الرأى في المسلمين يرجى اسلامه بالمن عليه او معونته للمسلمين بتخليص اسراهم والدفع عنهم فالمن عليه اصلح ، ومنهم من ينتفع بخدمته ويؤمن شره فاسترقاقه اصلح كالنساء والصبيان والامام اعلم بالمصلحة فينبغى ان يفوض ذلك اليه وقوله تعالى (اقتلوا المشركين) عام لا ينسخ به الخاص بل ينزل على ماعدا المخصوص ولهذا لم يحرموا استرقاقه ، فأما عبدة الاوثان ففي استرقاقهم روايتان .

احداهما : لا يجوز ، وهو مذهب الشافعى ، وقال ابو حنيفة يجوز فى العجم دون العرب بناء على قوله فى اخذ الجزية .

ولنا انه كافر لا يقر بالجزية فلم يقر بالاسترقاق كالمرتد ، وقد ذكرنا الدليل عليه . اذا ثبت هذا : فان هذا تخيير مصلحة واجتهاد لا تخيير شهوة فتى رأى المصلحة فى خصلة من هذه الخصال تعينت عليه ولم يجز العدول عنها ومتى تردد فيها فالقتل اولى . قال مجاهد فى اميرين .

احدهما : يقتل الاسرى وهو افضل ، وكذلك قال مالك ، وقال اسحاق الاثخان احب الى الا أن يكون معروفا يطمع به فى الكثير .

(فصل) وان اسلم الأسير صار رقيقا فى الحال وزال التخيير وصار حكمه حكم النساء ، وبه قال الشافعى فى احد قوليه .

وفى الآخر يسقط القتل ويتخير بين الخصال الثلاث لما روى ان اصحاب رسول الله (ص) اسروا رجلا من بنى عقيل فمر به النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا محمد علام اخذت واخذت سابقة الحاج فقال اخذت بجريرة حلفائك من ثقيف

فقد أسرت رجلين من أصحابى فمضى النبى الله صلى الله عليه وسلم فناداه يامحمد يامحمد فقال له «ما شأنك ؟» فقال إنى مسلم فقال «لو قلتها وأنت تملك أمرك لأفلحت كل الفلاح» وفادى به النبى صلى الله عليه وسلم الرجلين رواه مسلم ولأنه سقط القتل باسلامه فبقى باقى الخصال على ما كانت عليه .

ولنا أنه أسير يحرم قتله فصار رقيقا كالمرأة. والحديث لا ينافى رقه فقد يفادى بالمرأة وهى رقيق كما روى سلمة بن الأكوع أنه غزا مع أبى بكر فنفله امرأة فوهبها للنبى صلى الله عليه وسلم فبعث بها الى أهل مكة وفى أيديهم أسارى ففداهم بتلك المرأة إلا أنه لايفادى به ولا يمن عليه إلا باذن الغانمين لأنه صار مالا لهم ويحتمل أن يجوز المن عليه لأنه كان يجوز المن عليه مع كفره فمع إسلامه أولى لكون الاسلام حسنه يقتضى إكرامه والانعام عليه لا منع ذلك فى حقه ولا يجوز رده الى الكفار إلا أن يكون له ما يمنعه من المشركين من عشيرة أو نحوها وإنما جاز فداؤه لأنه يتخلص به من الرق

فاما إن أسلم قبل أسره حرم قتله واسترقاقه والمفاداة به سواء أسلم وهو فى حصن أو جوف او مضيق أو غير ذلك لانه لم يحصل فى أيدى الغانمين بعد .

(فصل) فان سأل الأسارى من أهل الكتاب تخليتهم على إعطاء الجزية لم يجز ذلك فى نسائهم وذراريهم لأنهم صاروا غنيمة بالسبى

وأما الرجال فيجوز ذلك فيهم ولا يزول التخيير الثابت فيهم وقال أصحاب الشافعى يحرم قتلهم كما لو أسلموا .

ولنا : أنه بدل لا تلزم الاجابة إليه فلم يحرم قتلهم كبدل عبدة الاوثان .

(فصل) واذا أسر العبد صار رقيقا للمسلمين . لأنه مال لهم استولى عليه فكان للغانمين كالبهيمة وان رأى الامام قتله اضرر فى بقائه جاز قتله . لأن مثل هذا لا قيمة له فهو كالمرتد .

واما من يحرم قتلهم غير النساء والصبيان كالشيخ والزمن والأعمى والراهب فلا يحل سبيهم لان قتلهم حرام ولا نفع فى اقتنائهم .

(فصل) ذكر أبو بكر أن الكافر اذا كان مولى مسلم لم يجز استرقاقه . لان فى استرقاقه تفويت ولاء المسلم المعصوم . وعلى قوله لايسترق ولده أيضا اذا كان

عليه ولاء لذلك ، وإن كان معتقه ذميا جاز استرقاقه ، لأن سيده يجوز استرقاقه فاسترقاق مولاه أولى . وهذا مذهب الشـــافعى ، وظاهر كلام الخرقى جواز استرقاقه لأنه يجوز قتله وهو من أهل الكتاب فجاز استرقاقه كغيره . ولأن سبب جواز الاسترقاق قد تحقق فيه وهو الاستيلاء عليه مع كون مصلحة المسلمين فى استرقاقه ، ولأنه إن كان المسبى امرأة أو صبيا لم يجز فيه سوى الاسترقاق فيتعين ذلك فيه ، وما ذكره يبطل بالقتل فإنه يفوت الولاء وهو جائز فيه . وكذلك من عليه ولاء لذمى يجوز استرقاقه . وقولهم ان سيده يجوز استرقاقه غير صحيح ، فإن الذمى لا يجوز اسـترقاقه ولا تفويت حقوقه ، وقد قال على رضى الله عنه : إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا .

« مسئلة » قال « (وسبيل من استرق منهم وما أخذ منهم على إطلاقهم سبيل تلك الغنيمة) »

يعنى من صار منهم رقيقا بضرب الرق عليه أو فودى بمال فهو كسائر الغنيمة يخمس ثم يقسم أربعة أخماسه بين الغانمين . لا نعلم فى هذا خلافا فإن النبى (ص) قسم فداء أسارى بدر بين الغانمين ، ولأنه مال غنمه المسلمون فأشبه الخيل والسلاح . فإن قيل فالاسر لم يكن للغانمين فيه حق فكيف تعلق حقهم ببدله ، قلنا : إنما يفعل الامام فى الاسترقاق ما يرى فيه المصلحة لانه لم يصر مالا ، فإذا صار مالا تعلق حق الغانمين به لانهم أسروه وقهروه وهذا لا يمنع . ألا ترى أن من عليه الدين اذا قتل قتلا يوجب القصاص كان لورثته الخيار ، فإذا اختاروا الدية تعلق حق الغرماء بها .

« مســـألة » قال (وإنما يكون له استرقاقهم إذا كانوا من أهل الكتاب أو مجوسا ، فأما ماسوى هؤلاء من العدو فلا يقبل من بالغى رجالهم الا الاسلام أو السيف أو الفداء)

قد ذكرنا فيما تقـدم أن غير أهل الكتاب لا يجوز استرقاق رجالهم فى إحدى الروايتين .

فصــــل

فأما النساء والصبيان فيصيرون رقيقا بالسبي ، ومنع أحمد من فداء النساء بالمال لأن في بقائهن تعريضا لهن للاســلام لبقائهن عند المسلمين ، وجوز أن يفادى بهن أسارى المسلمين ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم فادى بالمرأة التي أخذها من سلمة بن الاكوع ، ولان في ذلك استنقاذ مسلم متحقق إسلامه ، فاحتمل تفويت غرضية الاســلام من أجله . ولا يلزم من ذلك احتمال فواتها لتحصيل المال . فأما الصبيان فقال أحمد : لا يفادى بهم ، وذلك لان الصبي يصير مسلما بإسلام سابيه فلا يجوز رده الى المشركين . وكذلك المرأة اذا أسلمت لم يجز ردها الى الكفار بفداء ولا غيره لقول الله تعالى (فلا ترجعوهن الى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن) ولان في ردها اليهم تعريضا لها للرجوع عن الاسلام واستحلال مالا يحل منها ، وان كان الصبي غير محكوم باسلامه كالذي سبي مع أبويه لم يجز فداؤه بمال وهل يجوز فداؤه بمسلم ؟ يحتمل وجهين .

(فصــــل) ولم يجوز أحمد بيع شيء من رقيق المســلمين لكافر سواء كان الرقيق مسلما أو كافرا وهذا قول الحسن . قال أحمد : ليس لاهل الذمة أن يشتروا مما سبى المســلمون شيئا قال : وكتب عمر بن الخطاب ينهى عنه أمراء الامصار . هكذا حكى أهل الشـام وليس له إسناد ، وجوز أبو حنيفه والشافعي ذلك لانه لا يمنع من اثبات يده عليه فلا يمنع من ابتدائه كالمسلم .

ولنا قول عمر ولم ينـكر فيكون اجماعا ولان فيه تفويتا للاسلام الذي يظهر وجوده فانه اذا بقي رقيقا للمســلمين الظاهر اسلامه فيفوت ذلك ببيعه لكافر بخلاف ما اذا كان رقيقا لكافر في ابتدائه فانه لم يثبت له هذه الغرضية والدوام يخالف الابتداء لقوته

(فصـل) ومن أسر أسيراً لم يكن له قتله حتى يأتي به الامام فيرى فيه رأيه لانه اذا صار أسـيرا فالخيرة فيه الى الامام ، وقد روى عن أحمد كلام يدل على اباحه قتله فانه قال لا يقتل أسير غيره الا أن يشاء الوالي فمفهومه أن له قتل أسيره بغير اذن الوالي لان له أن يقتله ابتداء فكان له قتله دواما كما لو هرب منه أو قاتله ، فان امتنع الاسير أن ينقاد معه فله اكراهه بالضرب وغيره فان لم يمكنه اكراهه فله

قتله ، وإن خافه أو خاف هربه فله قتله أيضا ؛ وإن امتنع من الانقياد معه لجرح أو مرض فله قتله أيضا ، وتوقف احمد عن قتله ، والصحيح أنه يقتله كما يذفف على جريحهم ، ولأن تركه حيا ضرر على المسلمين وتقوية للكفار فتعين القتل كحالة الابتداء إذا أمكنه قتله ، وكجريحهم إذا لم يأسره ، فأما أسير غيره فلا يجوز له قتله إلا ان يصير الى حال يجوز قتله لمن أسره :

وقد روى يحيى بن ابي كثير أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يتعاطين أحدكم أسير صاحبه اذا أخذه فيقتله » رواه سعيد ، فإن قتل أسيره أو أسير غيره قبل ذلك أساء ولم يلزمه ضمانه ، وبهذا قال الشافعي . وقال الاوزاعي : ان قتله قبل أن يأتي به الامام لم يضمنه ، وان قتله بعد ذلك غرم ثمنه لأنه أتلف من الغنيمة ما له قيمة فضمنه ، كما لو قتل امرأة

ولنا أن عبد الرحمن بن عوف أسر أمية بن خلف وابنه عليا يوم بدر فرآهما بلال فاستصرخ الانصار عليهما حتى قتلوهما ولم يغرموا شيئا ، ولأنه أتلف ما ليس بمال فلم يغرمه ، كما لو أتلفه قبل ان يأتي به الامام ، ولأنه أتلف مالا قيمة له قبل أن يأتي به الامام فلم يغرمه كما لو أتلف كلبا ، فأما ان قتل امرأة أو صبيا غرمه لانه صار رقيقا بنفس السبي

(فصل) ومن أسر فادعى انه كان مسلما لم يقبل قوله الا ببينة لأنه يدعي أمراً الظاهر خلافه يتعلق به اسقاط حق يتعلق برقبته ، فإن شهد له واحد حلف معه وخلي سبيله . وقال الشافعي : لا تقبل الا شهادة عدلين لأنه ليس بمال ولا يقصد منه المال .

ولنا ما روى عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يوم بدر « لا يبقى منهم أحد الا ان يفدى او يضرب عنقه » فقال عبد الله بن مسعود « الا سهيل بن بيضاء فاني سمعته يذكر الاسلام » فقال النبي صلى الله عليه وسلم « الا سهيل بن بيضاء » فقبل شهادة عبد الله وحده

« مسألة » قال (وينفل الامام ومن استخلفه الإمام كما فعل النبي (ص) في بدأته الربع بعد الخمس ، وفي رجعته الثلث بعد الخمس)

النفل زيادة تزاد على سهم الغازى ومنه نفل الصلاة وهو ما زيد على الفرض وقول الله تعالى (ووهبنا له إسحاق ويعقوب نافلة) كأنه سأل الله ولداً فأعطاه ما سأل وزاده ولداً لولد والمراد بالبداية ههنا ابتداء دخول الحرب ، والرجعة رجوعه عنها والنفل فى الغزو ينقسم ثلاثة أقسام :

أحدها : هذا الذى ذكره الخرقى : وهو أن الإمام أو نائبه إذا دخل دار الحرب غازيا بعث بين يديه سرية تغير على العدو ويجعل لهم الربع بعد الخمس فما قدمت به السرية من شىء أخرج خمسه ثم أعطى السرية ما جعل لهم وهو ربع الباقى . وذلك خمس آخر ثم قسم ما بقى فى الجيش والسرية معه ، فإذا قفل بعث سرية تغير وجعل لهم الثلث بعد الخمس فما قدمت به السرية أخرج خمسه ، ثم أعطى السرية ثلث ما بقى ثم قسم سائره فى الجيش والسرية معه ، وبهذا قال حبيب بن مسلمة والحسن والاوزاعى وجماعه ويروى عن عمرو بن شعيب أنه قال « لا نفل بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم » ولعله يحتج بقوله تعالى (يسألونك عن الأنفال قل الأنفال لله والرسول) فخصه بها وكان سعيد بن المسيب ومالك يقولان لا نفل الا من الخمس .

وقال الشافعى : يخرج من خمس الخمس لما روى ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث سرية فيها عبد الله بن عمر فغنموا ابلا كثيرة فكانت سهمانهم اثنى عشر بعيراً ونفلوا بعيراً بعيراً » متفق عليه ، ولو أعطاهم من أربعة الاخماس التى هى لهم لم يكن نفلا وكان من سهامهم .

ولنا ما روى حبيب بن مسلمة الفهرى قال « شهدت رسول الله (ص) نفل الربع فى البداءة والثلث فى الرجعة » وفى لفظ « أن رسول الله (ص) كان ينفل الربع بعد الخمس والثلث بعد الخمس اذا قفل » رواهما أبو داود وعن عبادة ابن الصامت « أن النبى صلى الله عليه وسلم كان ينفل فى البداءة الربع ؛ وفى القفول الثلث » رواه الترمذى ، وقال هذا حديث حسن غريب .

وفى لفظ قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفلهم اذا خرجوا بادين الربع وينفلهم اذا قفلوا الثلث رواه الخلال بإسناده ، وروى الاثرم بإسناده عن جرير بن عبد الله البجلى « أنه لما قدم على عمر فى قومه قال له عمر : هل لك أن

تأتى الكوفة ، ولك الثلث بعد الخمس من كل أرض وشيء ؟ » وذكره ابن المنذر أيضا عن عمر .

وقال ابراهيم النخعي : ينفل السرية الثلث والربع يغريهم بذلك ، فأما قول عمرو بن شعيب فإن مكحولا قال له حين قال : لا نفل بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وذكر له حديث حبيب بن مسلمة : شغلك أكل الزبيب بالطائف ، وما ثبت للنبي صلى الله عليه وسلم ثبت للأئمة بعده مالم يقم على تخصيصه به دليل فأما حديث ابن عمر فهو حجة عليهم ، فإن بعيراً على اثنى عشر يكون جزءاً من ثلاثة عشر وخمس الخمس جزء من خمسة وعشرين وجزء من ثلاثة عشر أكثر فلا يتصور أخذ الشيء من أقل منه ، يحققه أن الاثنى عشر اذا كانت أربعة أخماس والبعير منها ثلث الخمس فكيف يتصور أخذ ثلث الخمس من خمس الخمس ؟ فهذا محال ، فتعين أن يكون ذلك من غيره أو أن النفل كان للسرية دون سائر الجيش ، على أن ماروينا صريح فى الحكم فلا يعارض بشيء مستنبط يحتمل غير ما حمله عليه من استنبطه .

اذا ثبت هذا : فظاهر كلام أحمد : أنهم انما يستحقون هذا النفل بالشرط السابق فإن لم يكن شرطه لهم فلا . فانه قيل له أليس قد نفل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى البداءة الربع وفى الرجوع الثلث ؟ قال : نعم ذاك اذا نفل وتقدم القول فيه ، فعلى هذا ان رأى الامام أن لا ينفلهم شيئا فله ذلك ، وان رأى أن ينفلهم دون الثلث والربع فله ذلك ، لأنه اذا جاز أن لا يجعل لهم شيئا جاز أن يجعل لهم شيئا يسيراً ولا يجوز ان ينفل أكثر من الثلث نص عليه احمد ، وهو قول مكحول والاوزاعي والجمهور من العلماء .

وقال الشافعي : لا حد للنفل بل هو موكول الى اجتهاد الامام لأن النبي صلى الله عليه وسلم نفل مرة الثلث واخرى الربع ، وفى حديث ابن عمر « نفل نصف السدس » فهذا يدل على انه ليس للنفل حد لا يتجاوزه الامام ، فينبغى ان يكون موكولا الى اجتهاده .

ولنا ان نفل النبي صلى الله عليه وسلم انتهى الى الثلث فينبغى ان لا يتجاوزه وما ذكره الشافعي يدل على انه ليس لأقل النفل حد ، وانه يجوز ان ينفل أقل

من الثلث والربع ونحن نقول به على أن هذا القول مع قوله أن النفل من خمس الخمس تناقض ، فإن شرط لهم الامام زيادة على الثلث ردوا اليه .

وقال الأوزاعى . لا ينبغى أن يشرط النصيف فإن زادهم على ذلك فليف لهم به ويجعل ذلك من الخمس ، وإنما زيد فى الرجعة على البداءة فى النفل لمشقتها فإن الجيش فى البداءة ردء للسرية تابع لها والعدو خائف وربما كان غاراً ، وفى الرجعة لا ردء للسرية لأن الجيش منصرف عنهم والعدو مستيقظ كلب .

قال أحمد فى البداءة إذا كان ذاهباً الربع وفى القفلة إذا كان فى الرجوع الثلث لأنهم يشتاقون الى أهلهم فهذا أكبر .

القسم الثانى : أن ينفل الامام بعض الجيش لعنائه وبأسه وبلائه أو لمكروه تحمله دون سائر الجيش .

قال أحمد : فى الرجل يأمره الأمير يكون طليعة أو عنده يدفع اليه رأسا من السبى أو دابة قال إذا كان رجل له عناء ويقاتل فى سبيل الله فلا بأس بذلك ، ذلك أنفع لهم يحرض هو وغيره يقاتلون ويغنمون ، وقال اذا نفذ الامام صبيحة المغار الخيل فيصيب بعضهم وبعضهم لا يأتى بشىء فللوالى أن يخص بعض هؤلاء الذين جاءوا بشىء دون هؤلاء ، وظاهر هذا أن له إعطاء من هذه حاله من غير شرط ، وحجة هذا حديث سلمه بن الأكوع أنه قال « أغار عبد الرحمن بن عيينة على إبل رسول الله صلى الله عليه وسلم فاتبعتهم — فذكر الحديث — فأعطانى رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم الفارس والراجل » رواه مسلم وأبو داود ؛ وعنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمر أبا بكر قال فبيتنا عدونا فقتلت ليلتئذ تسعة أهل أبيات وأخذت منهم امرأة فنفلنيها أبو بكر فلما قدمت المدينة استوهبها منى رسول الله صلى الله عليه وسلم فوهبتها له » رواه مسلم بمعناه .

القسم الثالث : أن يقول الأمير : من طلع هذا الحصن أو هدم هذا السور أو نقب هذا النقب أو فعل كذا فله كذا أو من جاء بأسير فله كذا فهذا جائز فى قول أكثر اهل العلم منهم الثورى .

قال أحمد : اذا قال من جاء بعشر دواب أو بقر أو غنم فله واحد ، فمن جاء بخمسة أعطاه نصف ما قال لهم ، ومن جاء بشىء أعطاه بقدره ، قيل له إذا قال من

جاء بعلج فله كذا وكذا لجاء بعلج يطيب له ما يعطى ؟ قال نعم ، وكره مالك هذا القسم ولم يره وقال قتالهم على هذا الوجه إنما هو للدنيا وقال هو وأصحابه لا نفل الا بعد إحراز الغنيمة ، قال مالك ولم يقل رسول الله (ص) « من قتل قتيلا فله سلبه » إلا بعد أن برد القتال .

ولنا . ما تقدم من حديث حبيب وعبادة وما شرطه عمر لجرير بن عبد الله وقول النبي (ص) « من قتل قتيلا فله سلبه » ولأن فيه مصلحة وتحريضا على القتال لجاز كاستحقاق الغنيمة وزيادة السهم للفارس واستحقاق السلب ، وما ذكروه يبطل بهذه المسائل .

وقوله ان النبي صلى الله عليه وسلم إنما جعل السلب للقاتل بعد أن برد القتال قلنا قوله : ذلك ثابت الحكم فيما يأتي من الغزوات بعد قوله فهو بالنسبه اليها كالمشروط فى أول الغزاة ، قال القاضي : ولا يجوز هذا الا اذا كان فيه مصلحة المسلمين ؛ وان لم يكن فيه فائدة لم يجز لأنه انما يخرج على وجه المصلحة فاعتبرت الحاجة فيه كأجرة الحمال والحافظ .

اذا ثبت هذا : فإن النفل لا يختص بنوع من المال وذكر الخلال انه لا نفل فى الدراهم والدنانير ، وهو قول الأوزاعى ؛ لأن القاتل لا يستحق شيئا منها ، فكذلك غيره .

ولنا حديث حبيب بن مسلمة وعبادة وجرير . فإن النبي صلى الله عليه وسلم جعل لهم الثلث والربع وهو عام فى كل ما غنموه ، ولأنه نوع مال لجاز النفل فيه كسائر الأموال ، وأما القاتل فإنما نفل السلب وليست الدراهم والدنانير من السلب فلم يستحق غير ما جعل له .

(فصل) نقل ابو داود عن احمد انه قال له اذا قال من رجع الى الساقة فله دينار والرجل يعمل فى سياقة الغنم قال لم يزل اهل الشام يفعلون هذا وقد يكون فى رجوعهم الى الساقة وسياقة الغنم منفعة : قيل له فان اغار على قرية فنزل فيها والسبي والدواب والحرثى معهم فى القرية ويمنع الناس من جمعه الكسل لا يخافون عليه العدو فيقول الامام من جاء بعشرة اثواب فله ثوب ولمن جاء بعشرة رءوس فله رأس ، قال ارجو ان لا يكون به بأس قيل له فان قال من جاء بعدل من دقيق

الروم فله دينار يريده لطعام السبي ، ما ترى فى اخذ الدينار ؟ فلم ير به بأسا ، قيل فالامام يخرج السرية وقد نفلهم جميعا فلما كان يوم المغار نادى من جاء بعشرة رؤس فله رأس ، ومن جاء بكذا فله كذا ، فيذهب الناس فيطلبون فما ترى فى هذا النفل قال لا بأس به اذا كان يحرضهم على ذلك ما لم يستغرق الثلث ، قلت فلا بأس بنفلين فى شيء واحد ؟ قال نعم ما لم يستغرق الثلث غير مرة سمعته يقول ذلك .

فصل

ويجوز للامام ونائبه أن يبذلا جعلا لمن يدله على ما فيه مصلحة للمسلمين ، مثل طريق سهل أو ماء فى مفازة أو قلعة يفتحها أو مال يأخذه أو عدو يغير عليه أو ثغرة يدخل منها، لا نعلم فى هذا خلافا لانه جعل فى مصلحة فجاز كأجرة الدليل وقد استأجر النبي صلى الله عليه وسلم وأبو بكر فى الهجرة من دلهم على الطريق ، ويستحق الجعل بفعل ماجعل له الجعل فيه، سواء كان مسلما او كافرا من الجيش او من غيره ، فإن جعل له الجعل مما فى يده وجب أن يكون معلوما لانها جعالة بعوض من مال معلوم فوجب ان يكون معلوما كالجعالة فى رد الآبق

وان كان الجعل من مال الكفار جاز ان يكون مجهولا جهالة لا تمنع التسليم ولا تفضى الى التنازع ، لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل للسرية الثلث والربع مما غنموه وهو مجهول لان الغنيمة كلها مجهولة ولانه مما تدعو الحاجة إليه والجعالة إنما تجوز بحسب الحاجة

فان جعل له جارية معينة ان دله على قلعة يفتحها مثل ان جعل له بنت رجل عينه من اهل القلعة لم يستحق شيئا حتى يفتح القلعة لان جعالة شيء منه اقتضت اشتراط فتحها ، فاذا فتحت القلعة عنوة سلمت اليه إلا أن تكون قد أسلمت قبل الفتح فانها عصمت نفسها باسلامها فتعذر دفعها اليه فتدفع اليه قيمتها ، فان النبي صلى الله عليه وسلم لما صالح أهل مكة عام الحديبية على أن من جاءه مسلما رده اليهم ، فجاء نساء مسلمات منعه الله من ردهن .

ولو كان الجعل رجلا من أهل القلعة فأسلم قبل الفتح عصم أيضا نفسه ولم يجز دفعه وكان لصاحب الجعل قيمته وإن كان إسلام الجارية أو الرجل بعد أسرهم

سلما إليه إن كان مسلما ، وإن كان كافراً فله قيمتها ، لأن الكافر لا يبتديه الملك على مسلم ، وإن ماتا قبل الفتح أو بعده فلا شيء له لأنه علق حقه بشيء معين وقد تلف بغير تفريط فسقط حقه كالوديعة ، وفارق ما اذا أسلما فإن تسليمهما ممكن لكن منع الشرع منه . وإن كان الفتح صلحا فاستثنى الامام الجارية والرجل وسلمهما صح . وان وقع الصلح مطلقا طلب الجعل من صاحب القلعة وبذلت له قيمتهما ، فإن سلمها الى الإمام سلمها إلى صاحبهما : وان أبى عرض على مشترطها قيمتها ، فإن أخذها أعطيها وتم الصلح ، وان أبى فقال القاضي يفسخ الصلح لأنه حق قد تعذر إمضاء الصلح فيه لأن صاحب الجعل سابق ولا يمكن الجمع بينه وبين الصلح ، ونحو هذا مذهب الشافعي ، ولصاحب القلعه ان يحصنها مثلها كانت من غير زيادة ، ويحتمل ان يمضى الصلح وتدفع الى صاحب الجعل قيمته لأنه تعذر دفعه اليه مع بقائه فدفعت اليه قيمته ، كما لو أسلم الجعل قبل الفتح أو أسلم بعده وصاحب الجعل كافر .

وقولهم ان حق صاحب الجعل سابق ، قلنا الا أن المفسدة فى فسخ الصلح أعظم لأن ضرره يعود على الجيش كله وربما عاد على غيره من المسلمين فى كون هذه القلعة يتعذر فتحها بعد ذلك ويبقى ضررها على المسلمين ، ولا يجوز تحمل هذه المضرة لدفع ضرر يسير عن واحد ، فان ضرر صاحب الجعل إنما هو فى فوات عين الجعل وتفاوت ما بين عين الشيء وقيمته يسير سيما وهو فى حق شخص واحد، ومراعاة حق المسلمين أجمعين بدفع الضرر الكثير عنهم أولى من دفع الضرر اليسير عن واحد منهم أو من غيرهم ، ولهذا قلنا فيمن وجد ماله قبل قسمه فهو أحق به ، فان وجده بعد قسمته لم يأخذه إلا بثمنه لئلا يؤدى الى الضرر بنقص القيمة أو حرمان من وقع ذلك فى سهمه .

(فصل)

قال أحمد : والنفل من أربعة أخماس الغنيمة ، هذا قول أنس بن مالك وفقهاء الشام ، منهم رجاء بن حيوة وعبادة بن نسى وعدى بن عدى ومكحول والقاسم ابن عبد الرحمن ويزيد بن أبى مالك ويحيى بن جابر والاوزاعى ، وبه قال اسحاق

وأبو عبيد ، وقال ابو عبيد والناس اليوم على هذا ، قال احمد وكان سعيد بن المسيب ومالك بن أنس يقولان «لا نفل إلا من الخمس» فكيف خفي عليهما هذا مع علمهما؟

وقال النخعي وطائفة : ان شاء الامام نفلهم قبل الخمس وان شاء بعده ، وقال ابو ثور وانما النفل قبل الخمس ، واحتج من ذهب الى هذا بحديث ابن عمر الذي أوردناه

ولنا ما روى معن بن يزيد السلمي قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «لا نفل الا بعد الخمس» رواه ابو داود وابن عبد البر وهـــذا صريح ، وحديث حبيب بن مسلمة «أن النبي (ص) كان ينفل الربع بعد الخمس والثلث بعد الخمس» وحديث جرير حين قال له عمر «ولك الثلث بعد الخمس» ولان النبي (ص) نفل الثلث ولا يتصور اخراجه من الخمس ، ولأن الله تعالى قال (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) يقتضي ان يكون الخمس خارجا من الغنيمة كلها . وأما حديث ابن عمر فقد رواه شعيب عن نافع عن ابن عمر قال «بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في جيش قبل نجد وانبعث سرية من الجيش فكان سهمان الجيش اثنى عشر بعيرا ونفل أهل السرية بعيراً بعيرا فكانت سهامهم ثلاثة عشر بعيرا» فهذا يمكن ان يكون نفلهم من أربعة أخماس الغنيمة دون بقية الجيش كما ينفل السرايا ، ويتعين حمل الخبر على هذا لانه لو أعطى جميع الجيش لم يكن ذلك نفلا وكان قد قسم لهم أكثر من أربعة الاخماس ، وهو خلاف الآية والاخبار .

﴿ فصـــل ﴾

وكلام أحمد في ان النفل من أربعة الاخماس عام لعموم الخبر فيه ويحتمل ان يحمل على القسمين الأولين من النفل . فأما القسم الثالث وهو ان يقول من جاء بشيء فله كذا أو من جاء بعشرة رءوس فله رأس منها فيحتمل ان يستحق ذلك من الغنيمة كلها لانه ينزل بمنزلة الجعل ، فأشبه السلب فانه غير مخموس ويحتمل في القسم الثاني - وهو زيادة بعض الغانمين على سهمه لغنائه - أن يكون من خمس الخمس المعد للمصالح ، لأن عطية هذا من المصالح ، والمذهب المنصوص عليه الاول لان عطية سلمة بن الاكوع سهم الفارس زيادة على سهمه انما كانت من أربعة الاخماس والله أعلم

« مسأله » قال (ويرد من نفل على من معه فى السرية إذ بقوتهم صار اليه)

هذا فى الصورة التى ذكرها الخرقى وهى القسم الأول من أقسام النفل ، وهو إذا بعث سرية ونفلها الثلث أو الربع فدفع النفل الى بعضهم وخصه به أو جاء بعضهم بشيء فنفله ولم يأت بعضهم بشيء فلم ينفله شارك من نفل من لم ينفل ، نص عليه أحمد ، لأن هؤلاء إنما أخذوا بقوة هؤلاء ، ولأنهم استحقوا النفل على وجه الاشاعة بينهم بالشرط السابق فلم يختص به واحد منهم كالغنيمة .

فأما فى القسمين الآخرين اللذين لم يذكرهما الخرقى ، مثل أن يخص بعض الجيش بنفل لغنائه أو يجعله له كقوله من جاء بعشرة رءوس فله رأس ، فجاء واحد بعشرة دون الجيش فإن من نفل يختص بنفله دون غيره لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما خص من قتل بسلب قتيله اختص به ، ولما خص سلمة بن الأكوع بسهم الفارس والراجل اختص به ، وكذلك اختص بالمرأة التى نفلها إياه أبو بكر دون الناس ؛ ولأن هذا جعل تحريضا على القتال وحثاً على فعل ما يحتاج المسلمون اليه ليحمل فاعله كلفة فعله رغبة فيما جعل له فلو لم يختص به فاعله لما خاطر أحد بنفسه فى فعله ولا حصلت مصلحة النفل ، فوجب أن يختص الفاعل لذلك بنفله كثواب الآخرة .

« مسألة » قال (ومن قتل منا أحداً منهم مقبلا على القتال فله سلبه غير مخموس قال ذلك الامام أو لم يقل)

فى هذه المسألة فصول ستة :

أحدها أن القاتل يستحق السلب فى الجملة ، ولا نعلم فيه خلافا ، والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم « من قتل كافراً فله سلبه » رواه الجماعة عن النبي صلى الله عليه وسلم منهم أنس وسمرة بن جندب وغيرهما . وروى أبو قتادة قال « خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر فلما التقينا رأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين فاستدرت له حتى أتيته من ورائه فضربته بالسيف على حبل عاتقه ضربة فأدركه الموت ، ثم ان الناس رجعوا وقال رسول الله (ص) : من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه . قال فقمت فقلت من يشهد لى

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مالك يا أبا قتادة ؟ فاقتصصت عليه القصة فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله سلب ذلك القتيل عندي فأرضه منه ، فقال ابو بكر الصديق لاها الله إذاً تعمد الى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه ؛ فقال رسول الله (ص) صدق فأسلمه اليه . قال فأعطانيه » متفق عليه . وعن أنس قال : قال رسول الله (ص) يوم حنين « من قتل قتيلا فله سلبه ، فقتل ابو طلحه يومئذ عشرين رجلا فأخذ أسلابهم » رواه أبو داود .

الفصل الثاني : أن السلب لكل قاتل يستحق السهم أو الرضخ كالعبد والمرأة والصبي والمشرك ، وروى عن ابن عمر أن العبد اذا بارز بإذن مولاه فقتل لم يستحق السلب ويرضخ له منه ؛ وللشافعي فيمن لا سهم له قولان . أحدهما لا يستحق السلب لأن السهم آكد منه الاجماع عليه واذا لم يستحقه فالسلب أولى .

ولنا عموم الخبر وأنه قاتل من أهل الغنيمة فاستحق السلب كذا السهم ، ولأن الامير لو جعل جعلا لمن صنع شيئا فيه نفع للسلمين لاستحقه فاعله من هؤلاء ، فالذى جعله النبي (ص) أولى وفارق السهم لأنه علق على المظنة ، ولهذا يستحق بالحضور ويستوى فيه الفاعل وغيره . والسلب مستحق بحقيقة الفعل وقد وجد منه ذلك فاستحقه كالمجعول له جعلا على فعل إذا فعله ، فان كان القاتل ممن لا يستحق سهما ولا رضخا كالمرجف والمخذل والمعين على المسلمين لم يستحق السلب وان قتل . وهذا مذهب الشافعي ، لأنه ليس من أهل الجهاد ، وان بارز العبد بغير اذن مولاه لم يستحق السلب لانه عاص ، وكذلك كل عاص : مثل من دخل بغير اذن الأمير :

وعن أحمد فيمن دخل بغير اذن أنه يؤخذ منه الخمس وباقيه له جعله كالغنيمة ويخرج فى العبد المبارز بغير اذن سيده مثله ويحتمل ان يكون سلب قتيل العبد له على كل حال ، لأن ما كان له فهو لسيده فى حرمانه السلب حرمان سيده ولا معصية منه .

الفصل الثالث : أن السلب للقاتل فى كل حال الا ان ينهزم العدو ، وبه قال الشافعي وأبو ثور وداود وابن المنذر ؛ وقال مسروق اذا التقى الزحفان فلا سلب

له إنما النفل قبل وبعد ونحوه قول نافع كذلك قال الاوزاعى وسعيد بن عبدالعزيز وأبو بكر بن أبى مريم السلب للقاتل ما لم تمتد الصفوف بعضها الى بعض فإذا كان كذلك فلا سلب لأحد .

ولنا عموم قوله عليه السلام « من قتل قتيلا فله سلبه » ولان أبا قتادة انما قتل الذى أخذ سلبه فى حال التقاء الزحفين، ألا تراه يقول «فلما التقينا رأيت رجلا من المشركين قد علا رجلا من المسلمين » وكذلك قول أنس « فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ أسلابهم، وكان ذلك بعد التقاء الزحفين» لان هوازن لقوا المسلمين فجأة فالحوا الحرب قبل ان تتقدمها مبارزة ؟

وروى سعيد حدثنا اسماعيل بن عياش عن صفوان بن عمرو عن عبد الرحمن ابن جبير بن نفير عن ابيه عن عوف بن مالك قال : غزونا الى طرف الشام فأمر علينا خالد بن الوليد فانضم الينا رجل من امداد حمير ، فقضى لنا انا لقينا عدونا فقاتلونا قتالا شديداً وفى القوم رجل من الروم على فرس له أشقر وسرج مذهب ومنطقة ملطخة وسيف مثل ذلك ، فجعل يحمل على القوم ويفرى بهم فلم يزل المددى يحتل لذلك الرومى حتى مر به فاستقفاه فضرب عرقوب فرسه بالسيف ثم وقع فأتبعه ضرباً بالسيف حتى قتله ، فلما فتح الله الفتح أقبل بسلب القتيل وقد شهد له الناس أنه قاتله ، فأعطاه خالد بعض سلبه وأمسك سائره ، فلما قدم المدينة استعدى رسول الله (ص) فدعا خالدا ، فقال رسول الله ص) : ما منعك ياخالد أن تدفع الى هذا سلب قتيله ؟ قال استكثرته له ، قال فادفعه اليه ، وذكر الحديث ورواه أبو داود .

الفصل الرابع : انه انما يستحق السلب بشروط أربعة :

أحدها : أن يكون المقتول من المقاتلة الذين يجوز قتلهم ، فأما ان قتل امرأة أو صبيا أو شيخا فانيا أو ضعيفا مهينا ونحوهم ممن لايقاتل لم يستحق سلبه ، لانعلم فيه خلافاً . وان كان أحد هؤلاء يقاتل استحق قاتله سلبه لأنه يجوز قتله ، ومن قتل أسيرا له أو لغيره لم يستحق سلبه لذلك

الثانى ان يكون المقتول فيه منفعة غير مثخن بالجراح ، فان كان مثخنا بالجراح فليس لقاتله شيء من سلبه ، وبهذا قال مكحول وجرير بن عثمان والشافعي لان

معاذ بن عمرو بن الجموح ، أثبت أبا جهل وذفف عليه ابن مسعود فقضى النبي (ص) بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح ولم يعط ابن مسعود شيئا » .

وإن قطع يدى رجل ورجليه وقتله آخر فالسلب للقاطع دون القاتل لأن القاطع هو الذى كفى المسلمين شره ، وان قطع يديه أو رجليه وقتله الآخر فالسلب للقاطع فى أحد الوجهين لأنه عطله فأشبه الذى قتله والثانى سلبه فى الغنيمة لأنه ان كانت رجلاه سالمتين فإنه يعدو ويكثر ، وان كانت يداه سالمتين فإنه يقاتل بهما فلم يكف القاطع شره كله ولا يستحق القاتل سلبه لأنه مثخن بالجراح ، وان قطع يده ورجله من خلاف فكذلك .

وان قطع احدى يديه وإحدى رجليه ثم قتله آخر فسلبه غنيمة ، ويحتمل أنه للقاتل لأنه قاتل لمن لم يكف المسلمين شره ، وان عانق رجل رجلا فقتله آخر فالسلب للقاتل ، وبهذا قال الشافعى ، وقال الأوزاعى هو للمعانق .

ولنا قول النبي (ص) « من قتل قتيلا فله سلبه » ولأنه كفى المسلمين شره فأشبه ما لو لم يعانقه الآخر ، وكذلك لو كان الكافر مقبلا على رجل يقاتله فجاء آخر من ورائه فضربه فقتله فسلبه لقاتله بدليل قصة قتيل أبى قتادة .

الثالث : أن يقتله أو يثخنه بجراح تجعله فى حكم المقتول ، قال أحمد لا يكون السلب الا للقاتل ، وان أسر رجلا لم يستحق سلبه سواء قتله الامام أو لم يقتله ، وقال مكحول : لا يكون السلب الا لمن أسر علجا أو قتله .

وقال القاضى : اذا أسر رجلا فقتله الامام صبرا فسلبه لمن أسره لأن الأسر أصعب من القتل فإذا استحق سلبه بالقتل كان تنبيها على استحقاقه بالأسر قال وان استبقاه الامام كان له فداؤه أو رقبته وسلبه لأنه كفى المسلمين شره .

ولنا أن المسلمين أسروا أسرى يوم بدر فقتل النبي (ص) عقبة والنضر بن الحارث واستبقى سائرهم فلم يعط من أسرهم أسلابهم ولا فداءهم وكان فداؤهم غنيمة ولان النبي (ص) انما جعل السلب للقاتل وليس الآسر بقاتل ولان الامام مخير فى الاسرى ولو كان لمن أسره كان أمره اليه دون الامام .

الرابع : أن يغرر بنفسه فى قتله ، فأما ان رماه بسهم من صف المسلمين فقتله فلا سلب له ، قال أحمد السلب للقاتل انما هو فى المبارزة لا يكون فى الهزيمة

وان حمل جماعة من المسلمين على واحد فقتلوه فالسلب فى الغنيمة لأنهم لم يغرروا بأنفسهم فى قتله ، وإن اشترك فى قتله اثنان فظاهر كلام أحمد أن سلبه غنيمة فإنه قال فى رواية حرب له السلب إذا انفرد بقتله .

وحكى أبو الخطاب عن القاضى أنهما يشتركان فى سلبه لقوله « من قتل قتيلا فله سلبه » وهذا يتناول الواحد والجماعة ولانهما اشتركا فى السبب فاشتركا فى السلب

ولنا أن السلب إنما يستحق بالتغرير فى قتله ولا يحصل ذلك بقتل الاثنين فلم يستحق به السلب كما لو قتله جماعة ولم يبلغنا أن النبى صلى الله عليه وسلم شرك بين اثنين فى سلب فإن اشترك اثنان فى ضربه وكان أحدهما أبلغ فى قتله من الآخر فالسلب له لان أبا جهل ضربه معاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء وأتيا النبى صلى الله عليه وسلم فأخبراه فقال « كلا كما قتله » وقضى بسلبه لمعاذ بن عمرو ابن الجموح ، وان انهزم الكفار كلهم فأدرك إنسان منهزما منهم فقتله فلا سلب له لأنه لم يغرر فى قتله : وان كانت الحرب قائمة فانهزم أحدهم فقتله إنسان فسلبه لقاتله لأن الحرب فر وكر ، وقد « قتل سلمة بن الأكوع طليعة للكفار وهو منهزم فقال النبى صلى الله عليه وسلم : من قتله ؟ قالوا سلمة بن الأكوع ، قال : له سلبه أجمع » وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو ثور وداود وابن المنذر السلب لكل قاتل لعموم الخبر واحتجاجا بحديث سلمة هذا .

ولنا أن ابن مسعود ذفف على أبى جهل فلم يعطه النبى (ص) سلبه وأمر بقتل عقبة بن أبى معيط والنضر بن الحارث صبراً ولم يعط سلبهما من قتلهما ، وقتل بنى قريظة صبراً فلم يعط من قتلهم أسلابهم وانما أعطى السلب من قتل مبارزاً أو كفى المسلمين شره وغرر فى قتله والمنهزم بعد انقضاء الحرب قد كفى المسلمين شر نفسه ولم يغرر قاتله بنفسه فى قتله فلم يستحق سلبه كالأسير .

وأما الذى قتله سلمة فكان متحيزاً الى فئة ، وكذلك من قتل حال قيام الحرب فإنه ان كان منهزما فهو متحيز الى فئة وراجع الى القتال فأشبه الكار فإن القتال فر وكر .

اذا ثبت هذا : فإنه لا يشترط فى استحقاق السلب أن تكون المبارزة بإذن

الامير لان كل من قضى له بالسلب فى عصر النبى صلى الله عليه وسلم ليس فيهم من نقل الينا أنه أذن له فى المبارزة مع أن عموم الخبر يقتضى استحقاق السلب لكل قاتل إلا من خصه الدليل

الفصل الخامس : أن السلب لا يخمس روى ذلك عن سعد بن أبى وقاص وبه قال الشافعى وابن المنذر وابن جرير ، وقال ابن عباس يخمس وبه قال الاوزاعى ومكحول لعموم قوله تعالى (واعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسه) .

وقال إسحاق ان استكثر الامام السلب خمسه وذلك اليه لما روى ابن سيرين ان البراء ابن مالك بارز مرزبان الزارة بالبحرين فطعنه فدق صلبه وأخذ سواريه وسلبه فلما صلى عمر الظهر أتى أبا طلحة فى داره فقال إنا كنا لا نخمس السلب وان سلب البراء قد بلغ مالا وأنا خامسه فكان أول سلب خمس فى الإسلام سلب البراء ، رواه سعيد فى السنن وفيها ان سلب البراء بلغ ثلاثين ألفا .

ولنا : ما روى عوف بن مالك وخالد بن الوليد ، ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل ولم يخمس السلب، رواه أبو داود وعموم الاخبار التى ذكرناها وخبر عمر حجة لنا فإنه قال إنا كنا لانخمس السلب ، وقول الراوى كان أول سلب خمس فى الإسلام يعنى أن النبى صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر صدرا من خلافته لم يخمسوا سلبا واتباع ذلك أولى

قال الجوزجانى: لا أظنه يجوز لاحد فى شىء سبق فيه من رسول الله صلى الله عليه شىء الا اتباعه ولا حجة فى قول أحد مع قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وما ذكرناه يصلح أن يخصص به عموم الاية . واذا ثبت هذا : فإن السلب من أصل الغنيمة ؛ وقال مالك يحتسب من خمس الخمس .

ولنا : ان النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل مطلقا ولم ينقل عنه انه احتسب به من خمس الخمس ولانه لو احتسب به من خمس الخمس احتيج الى معرفة قيمته وقدره ولم ينقل ذلك ولان سببه لا يفتقر الى اجتهاد الامام فلم يكن من خمس الخمس كسهم الفارس والراجل .

الفصل السادس : ان القاتل يستحق السلب قال ذلك الامام او لم يقل ، وبه قال الاوزاعى والليث والشافعى واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور

وقال أبو حنيفة والثورى لا يستحقه الا أن يشرطه الامام له ، وقال مالك لا يستحقه إلا أن يقول الامام ذلك ولم ير أن يقول الامام ذلك الا بعد انقضاء الحرب على ما تقدم من مذهبه فى النفل وجعل السلب ههنا من جملة الانفال .

وقد روى عن أحمد مثل قولهم وهو اختيار أبى بكر ، واحتجوا بما روى عوف بن مالك « أن مدديا اتبعهم فقتل علجا فأخذ خالد بعض سلبه وأعطاه بعضه فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا تعطه يا خالد » رواه سعيد وأبو داود وأنا اختصرته .

ورويا بإسنادهما عن شبر بن علقمة قال « بارزت رجلا يوم القادسية فقتلته وأخذت سلبه فأتيت به سعداً فخطب سعد أصحابه وقال ان هذا سلب شبر خير من اثنى عشر ألفا وانا قد نفلناه إياه » ولو كان حقاً له لم يحتج الى نفله ، ولأن عمر أخذ الخمس من سلب البراء ولو كان حقا له لم يجز أن يأخذ منه شيئا ولأن النبي صلى الله عليه وسلم دفع سلب أبى قتادة اليه من غير بينه ولا يمين .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ومن قتل قتيلا فله سلبه » وهذا من قضايا رسول الله صلى الله عليه وسلم المشهورة التى عمل بها الخلفاء بعده ، وأخبارهم التى احتجوا بها تدل على ذلك فإن عوف بن مالك احتج على خالد حين أخذ سلب المددى فقال له عوف « أما تعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل ؟ قال بلى » .

وقول عمر « إنا كنا لا نخمس السلب » يدل على أن هذه قضية عامة فى كل غزوة وحكم مستمر لكل قاتل وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم خالداً أن لا يرد على المددى عقوبة حين أغضبه عوف بتقريعه خالدا بين يديه ، وقوله « قد أنجزت لك ماذكرت لك من أمر رسول الله (ص) وأما خبر شبر فإنما أنفذ له سعد ماقضى له به رسول الله (ص) وسماه نفلا لانه فى الحقيقة نفل لأنه زيادة على سهمه .

وأما أبو قتادة فإن خصمه اعترف له به وصدقه فجرى مجرى البينة ولأن السلب مأخوذ من الغنيمة بغير تقدير الامام واجتهاده فلم يفتقر الى شرطه كالسهم . إذا ثبت هذا : فان أحمد قال لا يعجبنى أن يأخذ السلب الا باذن الامام وهو قول الاوزاعى .

وقال ابن المنذر والشافعي له أخذه بغير إذن لأنه استحقه بجعل النبي صلى الله عليه وسلم له ذلك ولا يأمن ان أظهره عليه أن لا يعطاه ، ووجه قول أحمد أنه فعل مجتهد فيه فلم ينفذ أمره فيه الا بإذن الإمام كأخذ سهمه ، ويحتمل أن يكون هذا من أحمد على سبيل الاستحباب ليخرج من الخلاف لا على سبيل الايجاب ، فعلى هذا إن أخذه بغير إذن ترك الفضيلة وله ما أخذه .

« مسألة » قال (والدابة وما عليها من آلتها من السلب اذا قتل وهو عليها وكذلك ماعليه من السلاح والثياب وان كثر ، فإن كان معه مال لم يكن من السلب وقد روى عن أبي عبد الله رحمه الله رواية أخرى أن الدابة ليست من السلب)

وجملته أن السلب ما كان القتيل لابساً له من ثياب وعمامة وقلنسوة ومنطقة ودرع ومغفر وبيضة وتاج وأسورة وران وخف بما في ذلك من حلية ونحو ذلك لأن المفهوم من السلب اللباس .

وكذلك السلاح من السيف والرمح والسكين واللت ونحوه لأنه يستعين به في قتاله فهو أولى بالأخذ من اللباس ، وكذلك الدابة لأنه يستعين بها فهي كالسلاح وأبلغ منه ، ولذلك استحق بها زيادة السهمان بخلاف السلاح ، فأما المال الذي معه في كمرانه وخريطته فليس بسلب لأنه ليس من الملبوس ولا مما يستعين به في الحرب ، وكذلك رحله وأثاثه وما ليست يده عليه من ماله ليس من سلبه ؛ وبهذا قال الأوزاعي ومكحول والشافعي الا أن الشافعي قال مالا يحتاج اليه في الحرب كالتاج والسوار والطوق والهميان الذي للنفقة ليس من السلب في أحد القولين لأنه مما لا يستعان به في الحرب فأشبه المال الذي في خريطته .

ولنا أن في حديث البراء أنه بارز مرزبان الزارة فقتله فبلغ سواراه ومنطقته ثلاثين ألفا فخمسه عمر ودفعه اليه .

وفي حديث عمرو بن معديكرب « أنه حمل على أسـوار فطعنه فدق صلبه وصرعه فنزل اليه فقطع يده وأخذ سوارين كانتا عليه ويلمقا من ديباج وسيفا ومنطقة فسلم ذلك له » ولأنه ملبوس له فأشبه ثيابه ولأنه داخل في إسم السلب فأشبه الثياب والمنطقة ويدخل في عموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « فله سلبه »

واختلفت الرواية عن احمد فى الدابة فنقل عنه أنها ليست من السلب وهو اختيار ابى بكر لأن السلب ما كان على يديه ، والدابة ليست كذلك فلا يدخل فى الخبر ، قال وذكر عبد الله حديث عمرو بن معدى كرب فأخذ سواريه ومنطقته ولم يذكر فرسه .

ولنا ماروى عوف بن مالك قال : خرجت مع زيد بن حارثة فى غزوة مؤتة ورافقنى مددى من أهل اليمن فلقيناجموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب ، فجعل يغرى بالمسلمين وقعد له المددى خلف صخرة فمر به الرومى فعرقب فرسه فعلاه فقتله وحاز فرسه وسلاحه ، فلما فتح الله للمسلمين بعث اليه خالد بن الوليد فأخذ من السلب ، قال عوف فأتيته فقلت له : ياخالد أما علمت ان رسول الله (ص) قضى بالسلب للقاتل ؟ قال بلى ، رواه الاثرم . وفى حديث شبر بن علقمة ، أنه أخذ فرسه ، كذلك قال أحمد هو فيه ، ولأن الفرس يستعان بها فى الحرب فأشبهت السلاح ، وما ذكروه يبطل بالرمح والقوس والالت فإنها من السلب وليست ملبوسة

إذا ثبت هذا فإن الدابة وما عليها من سرجها ولجامها وتجفيفها وحلية إن كانت عليها وجميع آلتها من السلب لأنه تابع لها ويستعان به فى الحرب ، وإنما يكون من السلب إذا كان راكبا عليها ، وان كانت فى منزله أو مع غيره أو منفلتة لم تكن من السلب كالسلاح الذى ليس معه ، وإن كان راكبا عليها فصرعه عنها أو أشعره عليها ثم قتله بعد نزوله عنها فهى من السلب ، وهكذا قول الاوزاعى وان كان ممسكا بعنانها غير راكب عليها فعن احمد فيها روايتان .

إحداهما : من السلب وهو قول الشافعى لأنه متمكن من القتال عليها فأشبهت سيفه أو رمحه فى يده .

والثانية : ليست من السلب وهو ظاهر كلام الخرقى واختيار الخلال لأنه ليس براكب عليها فأشبه ما كانت مع غلامه ، وان كان على فرس وفى يده جنيبة لم تكن الجنيبة من السلب لانه لا يمكنه ركوبهما معاً

(فصل) ولا تقبل دعوى القتل الا ببينة ، وقال الاوزاعى : يعطى السلب

إذا قال أنا قتلته ولا يسأل بينة ، لان النبي صلى الله عليه وسلم قبل قول أبي قتادة

ولنا قول النبي (ص) « من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه » متفق عليه . وأما أبو قتادة فان خصمه أقر له فاكتفى باقراره . قال أحمد: ولا يقبل الا شاهدان وقالت طائفة من أهل الحديث : يقبل شاهد ويمين لانها دعوى فى المال ، ويحتمل أن يقبل شاهد بغير يمين ، لان النبي (ص) قبل قول الذى شهد لابى قتادة من غير يمين ، ووجه الاول أن النبي (ص) اعتبر البينة واطلاقها ينصرف الى شاهدين ، ولأنها دعوى للقتل فاعتبر شاهدان كقتل العمد .

(فصل) ويجوز سلب القتلى وتركهم عراة ، وهذا قول الاوزاعى وكرهه الثورى وابن المنذر لما فيه من كشف عوراتهم .

ولنا قول النبي (ص) فى قتيل سلمة بن الاكوع « له سلبه أجمع » وقال « من قتل قتيلا فله سلبه » وهذا يتناول جميعه .

« مسألة » قال (ومن أعطاهم الامان منا من رجل أو امرأة أو عبد جاز أمانه)

وجملته ان الامان اذا أعطى أهل الحرب حرم قتلهم ومالهم والتعرض لهم ، ويصح من كل مسلم بالغ عاقل مختار ذكراً كان أو أنثى حراً كان أو عبداً ، وبهذا قال الثورى والاوزاعى والشافعى وإسحاق وابن القاسم وأكثر أهل العلم ، وروى ذلك عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه . وقال ابو حنيفة وأبو يوسف : لا يصح أمان العبد الا ان يكون مأذونا له فى القتال ، لانه لا يجب عليه الجهاد فلا يصح أمانه كالصبى ، ولانه مجلوب من دار الكفر فلا يؤمن أن ينظر لهم فى تقديم مصلحتهم .

ولنا ما روى عن النبي (ص) انه قال « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل منه صرف ولا عدل » رواه البخارى . وروى فضيل بن يزيد الرقاشى قال « جهز عمر بن الخطاب جيشا فكنت فيه ، فحصرنا موضعا فرأينا انا سنفتحها اليوم وجعلنا نقبل ونروح فبقى عبد منا فراطنهم وراطنوه ، فكتب لهم الامان فى صحيفة وشدها على سهم ورمى بها اليهم فأخذوها وخرجوا ، فكتب بذلك الى عمر بن الخطاب فقال: العبد

المسلم رجل من المسلمين ذمته ذمتهم » رواه سعيد ولأنه مسلم مكاف فصح أمانه كالحر وما ذكروه من التهمة يبطل بما اذا أذن له فى القتال فإنه يصح أمانه ، وبالمرأة فإن أمانها يصح فى قولهم جميعا ، قالت عائشة : إن كانت المرأة لتجير على المسلمين فيجوز . وعن أم هانىء أنها قالت « يا رسول الله انى أجرت أحمائى وأغلقت عليهم وإن ابن أمى أراد قتلهم فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « قد أجرنا من أجرت يا أم هانىء إنما يجير على المسلمين أدناهم » رواهما سعيد « وأجارت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا العاص بن الربيع فأمضاه رسول الله صلى الله عليه وسلم »

فصل

ويصح أمان الاسير اذا عقده غير مكره لدخوله فى عموم الخبر ، ولانه مسلم مكاف مختار فأشبه غير الاسير ، وكذلك امان الاجير والتاجر فى دار الحرب ، وبهذا قال الشافعى ، وقال الثورى : لا يصح أمان أحد منهم

ولنا عموم الحديث والقياس على غيرهم ؛ فأما الصبى المميز فقال ابن حامد فيه روايتان . إحداهما لا يصح أمانه وهو قول ابى حنيفة والشافعى لانه غير مكاف ولا يلزمه بقوله حكم فلا يلزم غيره كالمجنون

والرواية الثانية : يصح أمانه ، وهو قول مالك ، وقال ابو بكر : يصح أمانه رواية واحدة ، وحمل رواية المنع على غير المميز واحتج بعموم الحديث ، ولانه مسلم مميز فصح أمانه كالبالغ ، وفارق المجنون فإنه لا قول له أصلا .

(فصل) ولا يصح أمان كافر وان كان ذميا ، لان النبى صلى الله عليه وسلم قال « ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم » فجعل الذمة للمسلمين فلا تحصل لغيرهم ولانه متهم على الاسلام وأهله فأشبه الحربى ولا يصح أمان مجنون ولا طفل لان كلامه غير معتبر ولا يثبت به حكم ولا يصح أمان زائل العقل بنوم أو سكر او اغماء لذلك ولانه لا يعرف المصلحة من غيرها فأشبه المجنون ، ولا يصح من مكره لانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالإقرار

(فصل) ويصح أمان الامام لجميع الكفار وآحادهم لأن ولايته عامة على المسلمين ، ويصح أمان الأمير لمن أقيم بإزائه من المشركين ، فأما فى حق غيرهم

فهو كآحاد المسلمين لان ولايته على قتال أولئك دون غيرهم ويصح أمان آحاد المسلمين للواحد والعشرة والقافلة الصغيرة والحصن الصغير لان عمر رضي الله عنه أجاز أمان العبد لأهل الحصن الذي ذكرنا حديثه ولا يصح أمانه لأهل بلدة ورستاق وجمع كثير لان ذلك يفضي الى تعطيل الجهاد والافتيات على الامام .

(فصل) ويصح أمان الامام للأسير بعد الاستيلاء عليه لأن عمر (رض) لما قدم عليه بالهرمزان أسيراً قال « لا بأس عليك ثم أراد قتله فقال له أنس : قد أمنته فلا سبيل لك عليه وشهد الزبير بذلك فعدوه أمانا » رواه سعيد ولان الامام المن عليه والأمان دون ذلك ، فأما آحاد الرعية فليس له ذلك ، وهذا مذهب الشافعي ، وذكر أبو الخطاب أنه يصح أمانه لان زينب ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أجارت زوجها أبا العاص بن الربيع بعد أسره فأجاز النبي (ص) أمانها وحكى هذا عن الاوزاعي .

ولنا أن أمر الاسير مفوض الى الامام فلم يجز الافتيات عليه فيما يمنعه ذلك كقتله وحديث زينب في أمانها إنما صح باجازة النبي (ص) .

فصل

وإذا شهد للأسير اثنان أو أكثر من المسلمين أنهم أمنوه قبل إذا كانوا بصفة الشهود ، وقال الشافعي لا تقبل شهادتهم لانهم يشهدون على فعل أنفسهم .

ولنا أنهم عدول من المسلمين غير متهمين شهدوا بأمانه فوجب أن يقبل كما لو شهدوا على غيرهم أنه أمنه وما ذكروه لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم قبل شهادة المرضعة على فعلها في حديث عقبة بن الحارث ، وان شهد واحد أني أمنته ، فقال القاضي قياس قول أحمد أنه يقبل كما لو قال الحاكم بعد عزله كنت حكمت لفلان على فلان بحق قبل قوله ، وعلى قول أبي الخطاب يصح أمانه فقبل خبره به كالحاكم في حال ولايته وهذا قول الاوزاعي ، ويحتمل أن لا يقبل لانه ليس له أن يؤمنه في الحال فلم يقبل إقراره به كما لو أقر بحق على غيره وهذا قول الشافعي وأبي عبيدة .

(فصـــل) إذا جاء المسلم بمشرك ادعى أنه أسره وادعى الكافر انه امنه ففيها ثلاث روايات .

إحداهن : القول قول المسلم لأن الأصل معه فإن الأصل إباحة دم الحربي وعدم الأمان .

والثانية . القول قول الأسير لانه يحتمل صدقه وحقن دمه فيكون هذا شبهة تمنع من قتله وهذا اختيار أبي بكر .

والثالثة : يرجع الى قول من ظاهر الحال يدل على صدقه فإن كان الكافر ذا قوة معه سلاحه فالظاهر صدقه ، وان كان ضعيفا مسلوبا سلاحه فالظاهر كذبه فلا يلتفت الى قوله ، وقال أصحاب الشافعي : لا يقبل قوله وان صدقه المسلم لانه لا يقدر على أمانه فلا يقبل إقراره به . ولنا أنه كافر لم يثبت أسره ولا نازعه فيه منازع فقبل قوله في الأمان كالرسول .

(فصل) ومن طلب الامان ليسمع كلام الله ويعرف شرائع الاسلام وجب أن يعطاه ثم يرد الى مأمنه لا نعلم في هذا خلافا ، وبه قال قتادة ومكحول والاوزاعي والشافعي ، وكتب عمر بن عبد العزيز بذلك الى الناس ، وذلك لقول الله تعالى (وان أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه) قال الاوزاعي هي الى يوم القيامة ويجوز عقد الامان للرسول والمستأمن لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يؤمن رسل المشركين ، ولما جاءه رسولا مسيلمة قال « لولا أن الرسل لا تقتل لقتلتكما » ولان الحاجة تدعو الى ذلك فاننا لو قتلنا رسلهم لقتلوا رسلنا فتفوت مصلحة المراسلة ، ويجوز عقد الامان لكل واحد منهما مطلقا ومقيداً بمدة سواء كانت طويلة أو قصيرة بخلاف الهدنة فإنها لا تجوز إلا مقيدة لان في جوازها مطلقا تركا للجهاد وهذا بخلافه ، قال القاضي : ويجوز أن يقيموا مدة الهدنة بغير جزية .

وقال أبو بكر : وهذا ظاهر كلام أحمد لانه قيل له ، قال الاوزاعي : لا يترك المشرك في دار الإسلام الا أن يسلم أو يؤدي ، فقال أحمد إذا أمنته فهو على ما أمنته ، وظاهر هذا أنه خالف قول الاوزاعي .

وقال أبو الخطاب : عندي أنه لا يجوز أن يقيم سنة بغير جزية ، وهذا قول الأوزاعي والشافعي لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون)

ووجه الاول : أن هذا كافر أبيح له الإقامة فى دار الاسلام من غير التزام جزية فلم تلزمه جزية كالنساء والصبيان ولان الرسول لو كان ممن لا يجوز أخذ الجزية منه يستوى فى حقه السنة فما دونها فى أن الجزية لا تؤخذ منه فى المدتين فإذا جازت له الاقامة فى أحدهما جازت فى الاخرى قياسا لها عليها ، وقوله تعالى (حتى يعطوا الجزية) أى يلتزمونها ولم يرد حقيقة الاعطاء وهذا مخصوص منها بالاتفاق فانه يجوز له الإقامة من غير التزام لها ولان الآية تخصصت بما دون الحول فنقيس على المحل المخصوص .

(فصل) واذا دخل حربي دار الاسلام بأمان فاودع ماله مسلما أو ذميا أو أقرضهما إياه ثم عاد الى دار الحرب نظرنا فإن دخل تاجراً أو رسولا أو متنزها أو لحاجة يقضيها ثم يعود الى دار الاســلام فهو على أمانه فى نفسه وماله لأنه لم يخرج بذلك عن نية الاقامة بدار الاسلام فأشبه الذمى إذا دخل لذلك ، وان دخل مستوطنا بطل الامان فى نفسه وبقى فى ماله لانه بدخوله دار الاسلام بأمان ثبت الأمان لماله الذى معه فاذا بطل فى نفسه بدخوله دار الحرب بقى فى ماله لاختصاص المبطل بنفسه فيخص البطلان به ، فإن قيل : فانما يثبت الأمان لماله تبعا فاذا بطل فى المتبوع بطل فى التبع .

قلنا : بل يثبت له الامان لمعنى وجد فيه وهو إدخاله معه وهذا يقتضي ثبوت الامان له وان لم يثبت فى نفسه بدليل ما لو بعثه مع مضارب له أو وكيل فانه يثبت الامان ولم يثبت الامان فى نفسه ولم يوجد فيه ههنا ما يقتضى الامان فيه فبقى على ما كان عليه ، ولو أخذه معه الى دار الحرب لنقض الامان فيه كما ينتقض فى نفسه لوجود المبطل منهما ، فاذا ثبت هذا فان صاحبه إن طلبه بعث اليه وان تصرف فيه ببيع أو هبة أو غيرهما صح تصرفه ، وان مات فى دار الحرب انتقل الى وارثه ولم يبطل الامان فيه .

وقال أبو حنيفة : يبطل فيه ، وهو قول الشافعى ، لأنه قد صار لوارثه ولم يعقد فيه أمانا فوجب أن يبطل فيه كسائر أمواله .

ولنا أن الامان حق له لازم متعلق بالمال فاذا انتقل الى الوارث انتقل بحقه كسائر الحقوق من الرهن والضمين والشفعة وهذا اختيار المزنى ، ولأنه مال له

أمان فينتقل الى وارثه مع بقاء الأمان فيه كالمال الذى مع مضاربه ، وان لم يكن له وارث صار فيئا لبيت المال ، فان كان له وارث فى دار الاسلام فقال القاضى لا يرثه لاختلاف الدارين .

والأولى أنه يرثه لأن ملتهما واحدة فيرثه كالمسلمين ، وان مات المستأمن فى دار الاسلام فهو كما لو مات فى دار الحرب سواء لأن المستأمن حربى تجرى عليه أحكامهم ، وان رجع الى دار الحرب فسبى واسترق ، فقال القاضى يكون ماله موقوفا حتى يعلم آخر أمره بموت أو غيره ، فان مات كان فيئا لأن الرقيق لا يورث وان عتق كان له وان لم يسترق ولكن منّ عليه الامام أو فاداه فماله له وان قتله فماله لورثته ، وان لم يسب ولكن دخل دار الاسلام بغير أمان ليأخذ ماله جاز قتله وسبيه لان ثبوت الأمان لماله لا يثبت الأمان له كما لو كان ماله وديعة بدار الاسلام وهو مقيم بدار الحرب .

(فصل) وإذا سرق المستأمن فى دار الاسلام أو قتل أو غصب ثم عاد الى وطنه فى دار الحرب ثم خرج مستأمنا مرة ثانية استوفى منه ما لزمه فى أمانه الاول وان اشترى عبداً مسلما فخرج به الى دار الحرب ثم قدر عليه لم يغنم لانه لم يثبت ملكه عليه لكون الشراء باطلا ويرد بائعه الثمن الى الحربى لأنه حصل فى أمان فان كان العبد تالفا فعلى الحربى قيمته ويترادان الفضل .

(فصل) واذا دخلت الحربية الينا بأمان فتزوجت ذميا فى دارنا ثم أرادت الرجوع لم تمنع اذا رضى زوجها أو فارقها ، وقال ابو حنيفة تمنع . ولنا انه عقد لا يلزم الرجل المقام به فلا يلزم المرأة كعقد الاجارة .

« مسألة » قال (ومن طلب الامان ليفتح الحصن ففعل فقال كل واحد منهم انا المعطى لم يقتل واحد منهم)

وجملته : ان المسلمين اذا حصروا حصنا فناداهم رجل آمنونى افتح لكم الحصن جاز ان يعطوه امانا فان زياد بن لبيد لما حصر النجير قال الأشعث بن قيس « اعطونى الامان لعشرة افتح لكم الحصن » ففعلوا فإن اشكل الذى اعطى الامان وادعاه كل واحد من أهل الحصن ، فان عرف صاحب الأمان عمل على ذلك ؛

وإن لم يعرف لم يجز قتل واحد منهم لان كل واحد منهم يحتمل صدقه وقد اشتبه المباح بالمحرم فيما لا ضرورة إليه فحرم الكل كما لو اشتبهت ميتة بمذكاة أو أخته بأجنبيات أو اشتبه زان محصن برجال معصومين، وبهذا قال الشافعي ولا أعلم فيه خلافاً وفي استرقاقهم وجهان ·

أحدهما : يحرم وذكر القاضي أن أحمد نص عليه وهو مذهب الشافعي لما ذكرنا في القتل فان استرقاق من لا يحل استرقاقه محرم

والثاني : يقرع بينهم فيخرج صاحب الأمان بالقرعة ويسترق الباقون قاله أبو بكر لأن الحق لواحد منهم غير معلوم فيقرع بينهم كما لو أعتق عبداً من عبيده وأشكل ويخالف القتل فانه إراقة دم تندريء بالشبهات بخلاف الرق ولهذا يمنع القتل في النساء والصبيان دون الاسترقاق

وقال الأوزاعي : إذا أسلم واحد من أهل الحصن قبل فتحه أشرف علينا ثم أشكل فادعى كل واحد منهم أنه الذي أسلم : يسعى كل واحد منهم في قيمة نفسه ويترك له عشر قيمته، وقياس مذهبنا أن فيها وجهين كالتي قبلها .

فصل

قال أحمد : اذا قال الرجل كف عني حتى أدلك على كذا فبعث معه قوم ليدلهم فامتنع من الدلالة فلهم ضرب عنقه لأن أمانه بشرط ولم يوجد، وقال أحمد : اذا لقي علجا فطلب منه الأمان فلا يؤمنه لأنه يخاف شره وان كانوا سرية فلهم أمانه يعني أن السرية لا يخافون من غدر العلج قتلهم بخلاف الواحد وإن لقيت السرية أعلاجا فادعوا أنهم جاءوا مستأمنين، فان كان معهم سلاح لم يقبل قولهم لأن حملهم السلاح يدل على محاربتهم وان لم يكن معهم سلاح قبل قولهم لأنه يدل على صدقهم

(فصل) اذا دخل حربي دار الإسلام بغير أمان نظرت فان كان معه متاع يبيعه في دار الاسلام، وقد جرت العادة بدخولهم إلينا تجاراً بغير أمان لم يعرض لهم، وقال أحمد اذا ركب القوم في البحر فاستقبلهم فيه تجار مشركون من أرض العدو يريدون بلاد الاسلام لم يعرضوا لهم ولم يقاتلوهم وكل من دخل بلاد المسلمين من أهل الحرب بتجارة بويع ولم يسأل عن شيء وان لم تكن معه تجارة فقال جئت

مستأمناً لم يقبل منه ، وكان الامام مخيراً فيه ، ونحو هذا قال الأوزاعي والشافعي، وإن كان ممن ضل الطريق أو حملته الريح فى المركب إلينا فهو لمن أخذه فى إحدى الروايتين والاخرى يكون فيئا .

« مسـألة » قال (ومن دخل الى أرضهم من الغزاة فارسا فنفق فرسه قبل إحراز الغنيمة فله سهم راجل ، ومن دخل راجلا فأحرزت الغنيمة وهو فارس فله سهم فارس)

وجملة ذلك أن الاعتبار فى استحقاق السهم بحالة الاحراز ، فإن أحرزت الغنيمة وهو راجل فله سهم راجل ، وان أحرزت وهو فارس فله سهم الفارس سواء دخل فارسا أو راجلا . قال احمد : أنا أرى أن كل من شهد الوقعة على أى حالة كان يعطى ، ان كان فارسا ففارس ، وان كان راجلا فراجل ، لأن عمر قال « الغنيمة لمن شهد الوقعة » وبهذا قال الاوزاعي والشافعي وإسحاق وأبو ثور ونحوه قال ابن عمر . وقال ابو حنيفة . الاعتبار بدخول دار الحرب ، فإن دخل فارسا فله سهم فارس وان نفق فرسه قبل القتال ، وان دخل راجلا فله سهم الراجل وان استفاد فرسا فقاتل عليه .

وعنه رواية أخرى كقولنا . قال أحمد : كان سليمان بن موسى يعرضهم اذا أدربوا الفارس فارس والراجل راجل لانه دخل فى الحرب بنية القتال فلا يتغير سهمه بذهاب دابته أو حصول دابة له كما لو كان بعد القتال .

ولنا أن الفرس حيوان يسهم له فاعتبر وجوده حال القتال فيسهم له مع الوجود فيه ولا يسهم له مع العدم كالآدمي ، والاصل فى هذا أن حالة استحقاق السهم حالة تقتضي الحرب بدليل قول عمر : الغنيمة لمن شهد الوقعة ، ولانها الحال التى يحصل فيها الاستيلاء الذى هو سبب الملك بخلاف ما قبل ذلك فإن الاموال فى أيدى أصحابها ولا ندرى هل يظفر بهم أو لا ؟ ولانه لو مات بعض المسلمين قبل الاستيلاء لم يستحق شيئا ولو وجد مدد فى تلك الحال أو انفلت أسـير فلحق بالمسلمين أو أسلم كافر فقاتلوا استحقوا السهم فدل على أن الاعتبار بحالة الاحراز فوجب اعتباره دون غيره .

« مسألة » قال (ويعطى ثلاثة أسهم ، سهم له وسهمان لفرسه)

أكثر أهل العلم على أن الغنيمة تقسم للفارس منها ثلاثة أسهم : سهم له وسهمان لفرسه وللراجل سهم . قال ابن المنذر : هذا مذهب عمر بن عبد العزيز والحسن وابن سيرين وحسين بن ثابت وعوام علماء الاسلام فى القديم والحديث منهم مالك ومن تبعه من أهل المدينة ، والثورى ومن وافقه من أهل العراق ، والليث بن سعد ومن تبعه من أهل مصر ، والشافعى واحمد واسحاق وابو ثور وابو يوسف ومحمد .

وقال ابو حنيفة : للفرس سهم واحد لما روى مجمع بن حارثة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم « قسم خيبر على أهل الحديبية فأعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهما » رواه أبو داود ، ولانه حيوان ذو سهم فلم يزد على سهم كالآدمى

ولنا ما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « أسهم يوم خيبر للفارس ثلاثة أسهم ، سهمان لفرسه وسهم له » متفق عليه ، وعن أبى رهم وأخيه أنهما « كانا فارسين يوم خيبر فأعطيا ستة أسهم : أربعة اسهم لفرسيهما وسهمين لهما » رواه سعيد بن منصور . وعن ابن عباس (رض) أن رسول الله (ص) أعطى الفارس ثلاثة أسهم واعطى الراجل سهما »

وقال خالد الحذاء : لا يختلف فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه اسهم هكذا للفرس سهمين ولصاحبه سهما وللراجل سهما ، وكتب عمر بن عبد العزيز الى عبد الحميد بن عبدالرحمن « اما بعد . فإن سهمان الخيل مما فرض رسول الله (ص) سهمين للفرس وسهما للراجل ولعمرى لقد كان حديثا ما اشعر ان احداً من المسلمين هم بانتقاص ذلك فمن هم بانتقاص ذلك فعاقبه والسلام عليك » رواهما سعيد والاثرم ، وهذا يدل على ثبوت سنة رسول الله (ص) بهذا ، وانه اجمع عليه فلا يعول على ما خالفه

فأما حديث مجمع فيحتمل انه اراد أعطى الفارس سهمين لفرسه واعطى الراجل سهما - يعنى صاحبه - فيكون ثلاثة اسهم ، على ان حديث ابن عمر اصح منه ، وقد وافقه حديث ابى رهم واخيه وابن عباس ، وهؤلاء احفظ واعلم ،

وابن عمر وأبو رهم وأخوه ممن شهدوا وأخذوا السهمان وأخبروا عن أنفسهم أنهم أعطوا ذلك فلا يعارض ذلك بخبر شاذ تعين غلطه أو حمله على ما يخالف ظاهره ، وقياس الفرس على الآدمى غير صحيح لأن أثرها فى الحرب أكثر وكلفتها أعظم فينبغى أن يكون سهمها أكثر .

« مسألة » قال (إلا أن يكون فرسه هجينا فيعطى سهما له وسهما لفرسه)

الهجين : الذى أبوه عربى وأمه برذونة . والمقرف : الذى أبوه برذونة وأمه عربية ، قالت هند بنت النعمان بن بشير :

وما هند إلا مهرة عربية سليلة أفراس تحللها بغل
فان ولدت مهراً كريما فبالحرى وإن يك أقراف فما أنجب الفحل

وأراد الخرقى بالهجين ههنا ما عدا العربى والله أعلم ، وقد حكى عن احمد انه قال : الهجين البرذون ، واختلفت الرواية عنه فى سهمانها فقال الخلال : تواترت الروايات عن أبى عبد الله فى سهام البرذون انه سهم واحد ، واختاره ابو بكر والخرقى وهو قول الحسن . قال الخلال : وروى عنه ثلاثة متيقظون انه يسهم للبرذون مثل سهم العربى . واختاره الخلال وبه قال عمر بن عبد العزيز ومالك والشافعى والثورى ، لأن الله تعالى قال (والخيل والبغال) وهذه من الخيل ، ولأن الرواة رووا « أن النبى (ص) أسهم للفرس سهمين ولصاحبه سهما » وهذا عام فى كل فرس ، ولأنه حيوان ذو سهم فاستوى فيه العربى وغيره كالآدمى .

وحكى ابو بكر عن احمد رحمه الله رواية ثالثة : أن البراذين ان أدركت إدراك العراب أسهم لها مثل الفرس العربى والا فلا . وهذا قول ابن أبى شيبة وابن ابى خيثمة وابى ايوب والجوزجانى لأنها من الخيل وقد عملت عمل العراب فأعطيت سهما كالعربى .

وحكى القاضى رواية رابعة : أنه لا يسهم لها ، وهو قول مالك بن عبد الله الخثعمى لأنه حيوان لا يعمل عمل الخيل العراب فأشبه البغال ، ويحتمل أن تكون هذه الرواية فيما لا يقارب العتاق منها لما روى الجوزجانى بإسناده عن أبى موسى انه كتب الى عمر بن الخطاب « انا وجدنا بالعراق خيلا عراضا دكنا

فما ترى يا أمير المؤمنين فى سهامها ؟ فكتب اليه : تلك البراذين فما قارب العتاق منها فاجعل له سهما واحداً وألغ ما سوى ذلك »

ولنا ما روى سعيد باسناده عن ابى الأقمر قال « أغارت الخيل على الشــام فأدركت العراب من يومها وأدركت الكوادن ضحى الغد ، وعلى الخيل رجل من همذان يقال له المنذر بن ابى حميضة ، فقال : لا أجعل الذى أدرك من يومه مثل الذى لم يدرك ففضل الخيل ، فقال عمر هبلت الوادعى أمه أمضوها على ما قال » ولم يعرف عن الصحابة خلاف هذا القول .

وروى مكحول ان النبي صلى الله عليه وسلم « أعطى الفرس العربى سهمين وأعطى الهجين سهما » رواه سعيد ايضا ، ولأن نفع العربى وأثره فى الحرب افضل فيكون سهمه أرجح كتفاضل من يرضخ له .

واما قولهم انه من الخيل . قلنا والخيل فى نفسها تتفاضل فتتفاضل سهامها . واما قولهم ان النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفرس سهمين من غير تفريق . قلنا هذه قضية فى عين لا عموم لها فيحتمل انه لم يكن فيها برذون وهو الظاهر ، فإنها من خيل العرب ولا براذين فيها ، ودل على صحة هذا انهم لما وجدوا البراذين بالعراق اشكل عليهم امرها ، وان عمر فرض لها سهما واحداً ، وامضى ما قال المنذر بن ابى حميضة فى تفضيل العراب عليها ، ولو كان النبي (ص) سوى بينهما لم يخف ذلك على عمر ولا خالفه ، ولو خالفه لم يسكت الصحابة عن إنكاره عليه سيما وابنه هو راوى الخبر ، فكيف يخفى ذلك عليه ؟ ويحتمل انه فضل العراب ايضا فلم يذكره الراوى لغلبة العراب وقلة البراذين ، ويدل على صحة هذا التأويل خبر مكحول الذى رويناه وقياسها على الآدمى لا يصح لان العربى منهم لا اثر له فى الحرب زيادة على غيره بخلاف العربى من الخيل على غيره والله اعلم

« مسأله » قال (ولا يسهم لأكثر من فرسين)

يعنى اذا كان مع الرجل خيل اسهم لفرسين اربعة اسهم ولصاحبها سهم . ولم يزد على ذلك .

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي لا يسهم لأكثر من فرس واحد لأنه لا يمكن ان يقاتل على أكثر منها فلم يسهم لما زاد عليها . كالزائد عن الفرسين .

ولنا : ماروى الاوزاعي « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين وان كان معه عشرة أفراس » وعن أزهر بن عبد الله أن عمر بن الخطاب كتب الى أبي عبيدة بن الجراح « ان يسهم للفرس سهمين وللفرسين اربعة أسهم ولصاحبها سهم فذلك خمسة أسهم وما كان فوق الفرسين فهي جنائب » رواهما سعيد في سننه . ولان به الى الثاني حاجة فان إدامة ركوب واحد تضعفه وتمنع القتال عليه فيسهم له كالاول بخلاف الثالث فانه مستغنى عنه .

« مسألة » قال (ومن غزا على بعير وهو لا يقدر على غيره قسم له ولبعيره سهمان) .

نص احمد على هذا وظاهره انه لا يسهم للبعير مع إمكان الغزو على فرس وعن احمد انه يسهم للبعير سهم ولم يشترط عجز صاحبه عن غيره ، وحكى نحو هذا عن الحسن لان الله تعالى قال (فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب) ولانه حيوان تجوز المسابقة عليه بعوض فيسهم له كالفرس .

يحققه ان تجويز المسابقة بعوض إنما ابيحت في ثلاثة اشياء دون غيرها لانها آلات الجهاد ، فأبيح اخذ الرهن في المسابقة بها تحريضا على رياضتها وتعلم الاتقان فيها ولا يزاد على سهم البرذون لانه دونه ولا يسهم له الا ان يشهد الوقعة عليه ويكون مما يمكن القتال عليه . فأما هذه الابل الثقيلة التي لا تصلح الا للحمل فلا يستحق راكبها شيئا لانها لا تكر ولا تفر فراكبها ادنى حال من الراجل .

واختار ابو الخطاب انه لا يسهم له بحال وهو قول اكثر الفقهاء . قال ابن المنذر . اجمع كل من احفظ عنه من اهل العلم ان من غزا على بعير فله سهم راجل كذلك قال الحسن ومكحول والثوري والشافعي واصحاب الرأي ، وهذا هو الصحيح ان شاء الله تعالى لان النبي (ص) لم ينقل عنه انه اسهم لغير الخيل من البهائم وقد كان معه يوم بدر سبعون بعيرا ، ولم تخل غزاة من غزواته من الابل بل هي كانت غالب دوابهم ، فلم ينقل عنه انه اسهم لها ولو اسهم لها لنقل

وكذلك من بعد النبى صلى الله عليه وسلم من خلفائه وغيرهم مع كثرة غزواتهم لم ينقل عن أحد منهم فيما علمناه أنه أسهم لبعير ولو أسهم لبعير لم يخف ذلك ولأنه لا يتمكن صاحبه من الكر والفر فلم يسهم له كالبغل والحمار .

(فصل) وما عدا الخيل والإبل من البغال والحمير والفيلة وغيرها لا يسهم لها بغير خلاف وإن عظم غناؤها وقامت مقام الخيل لأن النبى صلى الله عليه وسلم لم يسهم لها ولا أحد من خلفائه ، ولأنها مما لا تجوز المسابقة عليه بعوض فلم يسهم لها كالبقر .

(فصل) وينبغى للإمام أن يتعاهد الخيل عند دخول الحرب فلا يدخل الا شديداً ولا يدخلها حطما ولا ضعيفا ولا ضرعا ولا أعجف زارحا فإن شهد أحد الوقعة على واحد من هذه لم يسهم له ، وبه قال مالك ، وقال الشافعى : يسهم له كما يسهم للمريض .

ولنا أنه لا ينتفع به فلم يسهم له كالرجل المخذل والمرجف ، ولأنه حيوان يتعين منع دخوله فلم يسهم له كالمرجف ، وأما المريض الذى لا يتمكن من القتال فإن خرج بمرضه عن كونه من أهل الجهاد كالزمن والاشل والمفلوج فلا سهم له ، لأنه لم يبق من أهل الجهاد ، وان لم يخرج بمرضه عن ذلك كالمحموم ومن به الصداع فإنه يسهم له لأنه من أهل الجهاد ويعين برأيه وتكثيره ودعائه .

« مسألة » قال (ومن مات بعد إحراز الغنيمة قام وارثه مقامه فى سهمه)

وجملته : أن الغازى إذا مات أو قتل نظرت ، فإن كان قبل حيازة الغنيمة فلا سهم له لأنه مات قبل ثبوت ملك المسلمين عليها وسواء مات حال القتال أو قبله ، وان مات بعد ذلك فسهمه لورثته .

وقال أبو حنيفة : ان مات قبل إحراز الغنيمة فى دار الاسلام أو قسمها فى دار الحرب فلا شيء له ، لأن ملك المسلمين لا يتم عليها الا بذلك ، وقال الاوزاعى ان مات بعد ما يدرب قاصداً فى سبيل الله قبل أو بعد أسهم له ، وقال الشافعى وأبو ثور إن حضر القتال أسهم له سواء مات قبل حيازة الغنيمة أو بعدها ، وان لم يحضر فلا سهم له ونحوه قال مالك والليث .

ولنا : أنه إذا مات قبل حيازتها فقد مات قبل ملكها وثبوت اليد عليها فلم يستحق شيئا ؛ وان مات بعدها فقد مات بعد الاستيلاء عليها فى حال لو قسمت صحت قسمتها ، وكان له سهمه منها فيجب أن يستحق سهمه فيها كما لو مات بعد إحرازها فى دار الاسلام .

إذا ثبت أنه يستحقه فيكون لورثته كسائر أملاكه وحقوقه

« مسألة » قال (ويعطى الراجل سهما)

لا خلاف فى أن للراجل سهما ، وقد جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه أعطى للراجل سهما » فيما تقدم من الاخبار ، ولان الراجل يحتاج الى أقل مما يحتج اليه الفارس وغناؤه دون غنائه فاقتضى ذلك أن يكون سهمه دون سهمه .

(فصل) وسواء كانت الغنيمة من فتح حصن أو من مدينة أو من جيش وبهذا قال الشافعى ، وقال الوليد بن مسلم سألت الاوزاعى عن اسهام الخيل من غنائم الحصون ، فقال كانت الولاة من قبل عمر بن عبد العزيز الوليد وسليمان لا يسهمون الخيل من الحصون ويجعلون الناس كلهم رجالة حتى ولى عمر بن عبد العزيز فأنكر ذلك ، وأمر بأسهامها من فتح الحصون والمدائن ، ووجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم وهى حصون ، ولان الخيل ربما احتيج اليها بأن ينزل أهل الحصن فيقاتلوا خارجاً منه ويلزم صاحبه مؤنة له فيقسم له كما لو كان فى غير حصن .

« مسألة » قال (ويرضخ للمرأة والعبد)

معناه أنهم يعطون شيئا من الغنيمة دون السهم ولا يسهم لهم سهم كامل ولا تقدير لما يعطونه بل ذلك الى اجتهاد الامام ، فإن رأى التسوية بينهم سوى بينهم وان رأى التفضيل فضل .

وهذا قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن المسيب ومالك والثورى والليث والشافعى واسحاق ، وروى ذلك عن ابن عباس ، وقال أبو ثور يسهم للعبد ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز والحسن والنخعى ، لما روى عن الأسود بن

يزيد « أنه شهد فتح القادسية عبيد فضرب لهم سهامهم » ولأن حرمة العبد فى الدين كحرمة الحر ، وفيه من الغناء مثل ما فيه فوجب أن يسهم له كالحر .

وحكى عن الأوزاعى : ليس للعبد سهم ولا رضخ الا أن يجيئوا بغنيمة أو يكون لهم غناء فيرضخ لهم ، قال ويسهم للمرأة لما روى جرير بن زياد عن جدته « أنها حضرت فتح خيبر قالت . فأسهم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم كما أسهم للرجال » وأسهم أبو موسى فى غزوة تستر لنسوة معه .

وقال أبو بكر بن أبى مريم : أسهمن النساء يوم اليرموك ، وروى سعيد بإسناده عن ابن شبل « أن النبى صلى الله عليه وسلم ضرب لسلهة بنت عاصم يوم حنين بسهم فقال رجل من القوم أعطيت سهلة مثل سهمى » .

ولنا ما روى عن ابن عباس أنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يغزو بالنساء ، فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة ، وأما سهم فلم يضرب لهن » رواه مسلم ، وروى سعيد عن يزيد بن هارون « أن نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن المرأة والمملوك يحضران الفتح ، ألهما من المغنم شىء ؟ قال يحذيان وليس لهما شىء » وفى رواية قال « ليس لهما سهم وقد يرضخ لهما » .

وعن عمير مولى آبى اللحم قال « شهدت خيبر مع سادتى فكلموا فى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبر أنى مملوك فأمر لى بشىء من خرثى المتاع » رواه أبو داود واحتج به أحمد ولأنهما ليس من أهل القتال فلم يسهم لهما كالصبى ، قالت عائشة « يا رسول الله هل على النساء جهاد ؟ قال : نعم جهاد لا قتال فيه الحج والعمرة »

وقال عمر بن أبى ربيعة :

كتب القتل والقتال علينا   وعلى المحصنات جر الذيول

ولان المرأة ضعيفة يستولى عليها الخور فلا تصلح للقتال ، ولهذا لم تقتل إذا كانت حربية ، فأما ماروى فى إسهام النساء فيحتمل أن الراوى سمى الرضخ سهما بدليل أن فى حديث حشرج « أنه جعل لهن نصيباً تمراً » ولو كان سهما ما اختص التمر ، ولان خيبر قسمت على أهل الحديبية نفر معدودين فى غير حديثها ولم يذكرن منهم ؛ ويحتمل أنه أسهم لهن مثل سهام الرجال من التمر خاصة أو من المتاع دون

الأرض ، وأما حديث سهلة فإن فى الحديث أنها ولدت فأعطاها النبي صلى الله عليه وسلم لها ولولدها فبلغ رضخهما سهم رجل ، ولذلك عجب الرجل الذى قال أعطيت سهلة مثل سهمى ، ولو كان هذا مشهوراً من فعل النبي صلى الله عليه وسلم ما عجب منه .

(فصل) والمدبر والمكاتب كالقن لأنهم عبيد ، فإن عتق منهم قبل انقضاء الحرب أسهم لهم ، وكذلك ان قتل سيد المدبر قبل تقضى الحرب وهو يخرج من الثلث عتق وأسهم له ، وأما من بعضه حر فقال أبو بكر : يرضخ له بقدر ما فيه من الرق ويسهم له بقدر ما فيه من الحرية ، فإذا كان نصفه حراً أعطى نصف سهم ورضخ له نصف الرضخ ، لأن هذا مما يمكن تبعيضه يقسم على قدر ما فيه من الحرية والرق والميراث ، وظاهر كلام أحمد : أنه يرضخ له ، لأنه ليس من أهل وجوب القتال فأشبه الرقيق .

(فصل)

والخنثى المشكل يرضخ له ، لأنه لم يثبت أنه رجل يقسم له ولأنه ليس من أهل وجوب الجهاد فأشبه المرأة ، ويحتمل أن يقسم له نصف سهم ونصف الرضخ كالميراث ، فإن انكشف حاله فتبين أنه رجل أتم له سهم رجل سواء انكشف قبل تقضى الحرب أو بعده أو قبل القسمة أو بعدها ، لأننا تبينا أنه كان مستحقاً للسهم وأنه أعطي دون حقه ، فأشبه ما لو أعطى بعض الرجال دون حقه غلطاً .

(فصل) والصبي يرضخ ولا يسهم له ، وبه قال الثورى والليث وأبو حنيفة والشافعى وأبو ثور ، وعن القاسم وسالم فى الصبي يغزو به ليس له شيء ، وقال مالك يسهم له إذا قاتل وأطاق ذلك ومثله قد بلغ القتال لأنه حر ، ذكر مقاتل فيسهم له كالرجل .

وقال الأوزاعى يسهم له ، وقال أسهم رسول الله (ص) للصبيان بخيبر وأسهم أئمة المسلمين لكل مولود ولد فى أرض الحرب .

وروى الجوزجانى بإسناده عن الوضين بن عطاء قال حدثتنى جدتى قالت ، كنت مع حبيب بن مسلمه وكان يسهم لأمهات الاولاد لما فى بطونهن .

ولنا ماروى عن سعيد بن المسيب قال « كان الصبيان والعبيد يحذون من الغنيمة إذا حضروا الغزو فى صدر هذه الامة » .

وروى الجوزجانى بإسناده أن تميم بن قرع المهدى كان فى الجيش الذين فتحوا الاسكندرية فى المرة الآخرة ، قال فلم يقسم لى عمرو من الفىء شيئا ، وقال : غلام لم يحتلم حتى كاد يكون بين قومى وبين أناس من قريش فى ذلك ثائرة فقال بعض القوم فيكم أناس من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسألوهم فسألوا أبا بصرة الغفارى وعقبة بن عامر فقالا انظروا فإن كان قد أشعر فاقسموا له فنظر الى بعض القوم فاذا أنا قد أنبتت فقسم لى » .

قال الجوزجانى هذا من مشاهير حديث مصر وجيده ، ولانه ليس من أهل القتال فلم يسهم له كالعبد ، ولم يثبت أن النبى (ص) قسم لصبى بل كان لا يجيزهم فى القتال فان ابن عمر قال عرضت على النبى (ص) وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى فى القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازنى ، وما ذكروه يحتمل أن الراوى سمى الرضخ سهما بدليل ما ذكرناه .

(فصل) فان انفرد بالغنيمة من لا يسهم له مثل عبيد دخلوا دار الحرب فغنموا أو صبيان أو عبيد وصبيان أخذ خمسه ومابقى لهم ، ويحتمل أن يقسم بينهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم لأنهم تساووا فأشبهوا الرجال الأحرار ، ويحتمل أن يقسم بينهم على ما يراه الإمام من المفاضلة لانهم لا تجب التسوية بينهم مع غيرهم فلا تجب مع الانفراد قياسا لاحدى الحالتين على الأخرى ، وإن كان فيهم رجل حر أعطى سهما وفضل عليهم بقدر ما يفضل الأحرار على العبيد والصبيان فى غير هذا الموضع ويقسم الباقى بين من بقى على مايراه الإمام من التفضيل لان فيهم من له سهم بخلاف التى قبلها .

« مسألة » قال ﴿ ويسهم للكافر إذا غزا معنا ﴾

اختلفت الرواية فى الكافر يغزو مع الامام بإذنه فروى عن أحمد أنه يسهم له كالمسلم وبهذا قال الأوزاعى والزهرى والثورى وإسحاق ، قال الجوزجانى هذا مذهب أهل الثغور وأهل العلم بالصوائف والبعوث ، وعن أحمد : لا يسهم له

وهو مذهب مالك والشافعي وابي حنيفة لأنه من غير أهل الجهاد فلم يسهم له كالعبد ولكن يرضخ له كالعبد .

ولنا ما روى الزهري « أن رسول الله (ص) استعان بناس من اليهود فى حربه فأسهم لهم » رواه سعيد فى سننه . وروى « أن صفوان بن أمية خرج مع النبي (ص) يوم خيبر وهو على شركه فأسهم له وأعطاه من سهم المؤلفة » ولأن الكفر نقص فى الدين فلم يمنع استحقاق السهم كالفسق وبهذا فارق العبد فإن نقصه فى دنياه وأحكامه ، وإن غزا بغير إذن الامام فلا سهم له لأنه غير مأمون على الدين فهو كالمرجف وشر منه .

وإن غزا جماعة من الكفار وحدهم فغنموا فيحتمل أن تكون غنيمتهم لهم لا خمس فيها ، لأن هذا اكتساب مباح لم يؤخذ على وجه الجهاد فكان لهم لا خمس فيه كالاحتشاش والاحتطاب ، ويحتمل أن يؤخذ خمسه والباقي لهم لأنه غنيمة قوم من أهل دار الاسلام فأشبه غنيمة المسلمين .

(فصل) ولا يستعان بمشرك ، وبهذا قال ابن المنذر والجوزجاني وجماعة من أهل العلم . وعن أحمد ما يدل على جواز الاستعانة به ؛ وكلام الخرقي يدل عليه أيضا عند الحاجة وهو مذهب الشافعي لحديث الزهري الذي ذكرناه وخبر صفوان بن أمية ، ويشترط أن يكون من يستعان به حسن الرأى فى المسلمين ، فإن كان غير مأمون عليهم لم تجز الاستعانة به ، لأننا إذا منعنا الاستعانة بمن لا يؤمن من المسلمين مثل المخذل والمرجف فالكافر أولى

ووجه الأول ما روت عائشة قالت « خرج رسول الله (ص) الى بدر حتى اذا كان بحرة الوبر أدركه رجل من المشركين كان يذكر منه جراءة ونجدة . فسر المسلمون به ، فقال يارسول الله جئت لأتبعك وأصيب معك ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتؤمن بالله ورسوله ؟ قال لا ، قال فارجع فلن أستعين بمشرك . قالت ثم مضى رسول الله عليه الصلاة والسلام حتى إذا كان بالبيداء أدركه ذلك الرجل ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : أتؤمن بالله ورسوله ؟ قال نعم . قال فانطلق » متفق عليه . ورواه الجوزجاني

وروى الإمام أحمد بإسناده عن عبد الرحمن بن حبيب قال « أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوة أنا ورجل من قومي ولم نسلم ، فقلنا إنا لنستحي أن يشهد قومنا مشهداً لا نشهده معهم ، قال فأسلمتما ؟ قلنا لا ، قال فإنا لا نستعين بالمشركين على المشركين ، قال فأسلمنا وشهدنا معه » ولأنه غير مأمون على المسلمين فأشبه المخذل والمرجف . قال ابن المنذر : والذي ذكر انه استعان بهم غير ثابت .

(فصل) ولا يبلغ بالرضخ للفارس سهم فارس ولا للراجل سهم راجل ، كما لا يبلغ بالتعزير الحد ويفعل الامام بين أهل الرضخ ما يرى فيفضل العبد المقاتل وذا البأس على من ليس مثله ، ويفضل المرأة المقاتلة والتي تسقي الماء وتداوي الجرحى وتنفع على غيرها .

فإن قيل هلا سويتم بينهم كما سويتم بين أهل السهمان ؟ قلنا السهم منصوص عليه غير موكول الى اجتهاد الامام فلم يختلف كالحد ودية الحر والرضخ غير مقدر بل هو مجتهد فيه مردود الى اجتهاد الامام فاختلف كالتعزير وقيمة العبد .

(فصل) وفي الرضخ وجهان . أحدهما من أصل الغنيمة لأنه استحق بالمعاونة في تحصيل الغنيمة فأشبه أجرة النقالين والحافظين لها والثاني هو من أربعة الاخماس لأنه استحق بحضور الوقعة ؛ فأشبه سهام الغانمين ، وللشافعي قولان كهذين

(فصل)

أول ما يبدأ في قسمة الغنائم بالاسلاب فيدفعها الى أهلها لان صاحبها معين ثم بمؤنة الغنيمة من أجرة النقال والحمال والحافظ والمخزن ، ثم بالرضخ على أحد الوجهين وفي الآخر بالخمس ، ثم بالأنفال من أربعة الاخماس ثم يقسم بقية أربعة الاخماس بين الغانمين ، وإنما قدمنا قسمة أربعة الاخماس على قسمة الخمس لستة معان أحدها أن أهلها حاضرون وأهل الخمس غائبون ، الثاني أن رجوع الغانمين الى أوطانهم يقف على قسمة الغنيمة وأهل الخمس في أوطانهم ، فكان الاشتغال بقسم نصيبهم ليعودوا الى أوطانهم أولى ، الثالث : ان الغنيمة حصلت بتحصيل الغانمين وتعبهم فصاروا بمنزلة من استحقها بعوض وأهل الخمس بخلافه فكان أهل الغنيمة أولى ، الرابع : أنه اذا قسم الغنيمة بين الغانمين أخذ كل إنسان نصيبه فحمله

واهتم به وكفى الامام مؤنته ، والخمس اذا قسم ليس له من يكفى الامام مؤنته فلا تحصل الفائدة بقسمته بل كان يحمله مجتمعا فصار يحمله متفرقا فكان تأخير قسمته أولى ، الخامس : أن الخمس لا يمكن قسمه بين أهله كلهم لانه يحتاج الى معرفتهم وعـــددهم ولا يمكن ذلك مع غيبتهم ، السادس : ان الغانمين ينتفعون بسهامهم ويتمكنون من التصرف فيها لحضورهم بخلاف أهل الخمس

« مسألة » قال (واذا غزا العبد على فرس لسيده قسم للفرس فكان لسيده ويرضخ للعبد)

أما الرضخ للعبد فكما تقدم وأما الفرس التى تحته فيستحق مالكها سهمها ، فإن كان معه فرسان أو أكثر اسهم لفرسين ويرضخ للعبد ، نص على هذا احمد وقال ابو حنيفة والشافعى : لا يسهم للفرس لانه تحت من لا يسهم له فلم يسهم له كما لو كان تحت مخذل

ولنا انه فرس حضر الوقعة وقوتل عليه فاستحق السهم كما لو كان السيد راكبه إذا ثبت هـذا فإن سهم الفرس ورضخ العبد لسيده لأنه مالكه ومالك فرسه ، وسواء حضر السيد القتال او غاب عنه ، وفارق فرس المخذل لان الفرس له فإذا لم يستحق شيئا بحضوره فلأن لا يستحق بحضور فرسه اولى

فصـــل

وان غزا الصبى على فرس او المرأة او الكافر إذا قلنا لا يستحق الا الرضخ لم يسهم للفرس فى ظاهر قول اصحابنا ، لانهم قالوا لا يبلغ بالرضخ ، للفارس سهم فارس ، وظاهر هـذا انه يرضخ له ولفرسه مالا يبلغ سهم الفارس ، ولان سهم الفرس له فإذا لم يستحق السهم بحضوره فبفرسه اولى بخلاف العبد فان الفرس لغيره

(فصـل) واذا غزا المرجف او المخذل على فرس فلا شىء له ولا للفرس لما ذكرنا ، وان غزا العبد بغير اذن سيده لم يرضخ له لانه عاص بغزوه فهو كالمخذل والمرجفـــ ، وان غزا الرجل بغير اذن والديه او بغير اذن غريمه استحق السهم لان الجهاد يتعين عليه بحضور الصفـــ فلا يبقى عاصيا فيه بخلاف العبد

(فصل) ومن استعار فرساً ليغزو عليه ففعل فسهم الفرس للمستعير ، وبهذا قال الشافعي لأنه يتمكن من الغزو عليه بإذن صحيح شرعي فأشبه ما لو استأجره . وعن أحمد رواية أخرى ان سهم الفرس لمالكه لأنه من نمائه فأشبه ولده ، وبهذا قال بعض الحنفية ، وقال بعضهم : لا سهم للفرس لأن مالكه لم يستحق سهماً فلم يستحق للفرس شيئا كالمخذل والمرجف ، والأول أصح لأنه فرس قاتل عليه من يستحق سهما وهو مالك لنفعه فاستحق سهم الفرس كالمستأجر ؛ ولأن سهم الفرس مستحق بمنفعته وهي للمستعير بإذن المالك فيها ، وفارق النماء والولد فإنه غير مأذون له فيه . فأما إن استعاره لغير الغزو ثم غزا عليه فهو كالفرس المغصوب على ما سنذكره .

(فصل) فإن غصب فرسا فقاتل عليه فسهم الفرس لمالكه ، نص عليه أحمد ، وقال بعض الحنفية لا يسهم للفرس ، وهو وجه لأصحاب الشافعي ، وقال بعضهم سهم الفرس للغاصب وعليه أجرته لمالكه ، لأنه آلة فكان الحاصل بها لمستعملها كلها كما لو غصب منجلا فاحتش بها أو سيفا فقاتل به

ولنا أنه فرس قاتل عليه من يستحق السهم فاستحق السهم كما لو كان مع صاحبه . وإذا ثبت أن له سهما كان لمالكه ، لان النبي صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما وما كان للفرس كان لمالكه وفارق ما يحتش به فإنه لا شيء له ، ولأن السهم مستحق بنفع الفرس ونفعه لمالكه ، فوجب أن يكون ما يستحق به له والحمد لله .

(فصل) ومن استأجر فرسا ليغزوا عليه فغزى عليه فسهم الفرس له لا نعلم فيه خلافا لأنه يستحق لنفعه استحقاقا لازما فكان سهمه له كالمالك

(فصل) فان كان المستأجر والمستعير ممن لا سهم له ، إما لكونه لا شيء له كالمرجف والمخذل أو ممن يرضخ له كالصبي فحكمه حكم فرسه على ما ذكرنا ، وان غصب فرسا فقاتل عليه احتمل أن يكون حكمه حكم فرسه ؛ لان الفرس يتبع الفارس في حكمه فيتبعه اذا كان مغصوبا قياسا على فرسه ، واحتمل أن يكون سهم الفرس لمالكه لأن الجناية من راكبه والنقص فيه فيختص المنع به وبما هو تابع له وفرسه تابعة له لان ما كان لها فهو له والفرس هنا لغيره وسهمها لمالكها فلا

ينقص سهمها بنقص سهمه كما لو قاتل العبد على فرس لسيده ؛ ولو قاتل العبد بغير إذن سيده على فرس لسيده خرج فيه الوجهان اللذان ذكرناهما فيما اذا غصب فرسا فقاتل عليه لأنه ههنا بمنزلة المغصوب .

(فصل) ولا يجوز تفضيل بعض الغانمين على بعض فى القسمة إلا أن ينفل بعضهم من الغنيمة نفلا على ما ذكرنا فى الأنفال ، فأما غير ذلك فلا ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قسم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما وسوى بينهم ، ولأنهم اشتركوا فى الغنيمة على سبيل التسوية فتجب التسوية كسائر الشركاء .

(فصـــل)

وان قال الامام من أخذ شيئا فهو له جاز فى إحدى الروايتين ، وهو قول أبي حنيفة وأحد قولى الشافعي ، قال أحمد فى السرية تخرج فيقول الوالى من جاء بشيء فهو له ومن لم يجيء بشيء فلا شيء له : الانفال الى الامام ، ما فعل من شيء جاز ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال فى يوم بدر «من أخذ شيئا فهو له » ولان على هذا غزوا ورضوا به .

والرواية الثانية : لا يجوز ، وهو القول الثانى للشافعي لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يقسم الغنائم والخلفاء بعده ، ولان ذلك يفضي الى اشتغالهم بالنهب عن القتال وظفر العدو بهم فلا يجوز ، ولان الاغتنام سبب لاستحقاقهم لها على سبيل التساوى فلا يزول ذلك بقول الامام كسائر الاكتساب

وأما قضية بدر فإنها منسوخة فانهم اختلفوا فيها فأنزل الله تعالى (يسالونك عن الانفال قل الانفال لله وللرسول) .

« مسألة » قال (واذا أحرزت الغنيمة لم يكن فيها لمن جاءهم مدداً أو هرب من أسر حظ)

وجملة ذلك ان الغنيمة لمن حضر الموقعة فمن تجدد بعد ذلك من مدد يلحق بالمسلمين او أسير ينفلت من الكفار فيلحق بجيش المسلمين أو كافر يسلم فلا حق لهم فيها وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفه فى المدد . ان لحقهم قبل القسمة أو إحرازها بدار الإسلام شاركهم لان تمام ملكها بتمام الاستيلاء وهو الاحراز الى

دار الإســلام أو قسمتها فمن جاء قبل ذلك فقد أدركها قبل ملكها فاستحق منها كما لو جاء فى أثناء الحرب وان مات أحد من العسكر قبل ذلك فلا شىء له لما ذكرنا وقد روى الشعبي أن عمر رضى الله عنه كتب الى سعد أسهم لمن أتاك قبل أن تتفقأ قتلى فارس .

ولنا : ما روى أبو هريرة « أن أبان بن سعيد بن العاص وأصحابه قدموا على رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد أن فتحها فقال أبان : اقسم لنا يارسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اجلس يا أبان ولم يقسم له رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه أبو داود .

وعن طارق بن شهاب أن « أهل البصره غزوا نهاوند فأمدهم أهل الكوفة فكتب فى ذلك الى عمر رضى الله عنه فكتب عمر أن الغنيمة لمن شهد الوقعة ، رواه سعيد فى سننه ، وروى نحوه عن عثمان فى غزوة أرمينية ولأنه مدد لحق بعد تقضى الحرب أشبه ما لو جاء بعد القسمه أو بعد إحرازها بدار الاسلام ولأن سبب ملكها الاستيلاء عليها . وقد حصل قبل مجىء المدد ، وقولهم ان ملكها بإحرازها الى دار الاسلام ممنوع بل هو بالاستيلاء وقد استولى عليها الجيش قبل المدد ، وحديث الشعبي مرسل يرويه المجالد وقد تكلم فيه ثم هم لا يعملون به ولا نحن فقد حصل الاجماع منا على خلافه فكيف يحتج به ؟

﴿ فصــــل ﴾

وحكم الأسير يهرب الى المسلمين حكم المدد ســواء قاتل أو لم يقاتل ، وقال أبو حنيفة . لا يسهم له إلا أن يقاتل لأنه لم يأت للقتال بخلاف المدد . ولنا أن من استحق إذا قاتل استحق وان لم يقاتل كالمدد وسائر من حضر الوقعة .

(فصل) وان لحقهم المدد بعد تقضى الحرب وقبل حيازة الغنيمه أو جاءهم أسير فظاهر كلام الخرقى أنه يشاركهم لأنه جاء قبل إحرازها .

وقال القاضى : تملك الغنيمة بانقضاء الحرب قبل حيازتها فعلى هذا لا يسهم لهم ، وان حازوا الغنيمة ثم جاءهم قوم من الكفار يقاتلونهم فأدركهم المدد فقاتلوا معهم فقد نص أحمد على أنه لا شىء للمدد فانه قال إذا غنم المسلمون غنيمة فلحقهم

العدو وجاء المسلمين مدد فقاتلوا العدو معهم حتى سلبوا الغنيمة فلا شيء لهم فى الغنيمة لأنهم إنما قاتلوا عن أصحابهم ولم يقاتلوا عن الغنيمة لأن الغنيمة قد صارت فى أيديهم وحووها ، قيل له فإن أهل المصيصة غنموا ثم استنقذ منهم العدو فجاء أهل طرسوس فقاتلوا معهم حتى استنقذوه فقال أحب الى أن يصطلحوا ، أما فى الصورة الاولى فإن الأولين قد أحرزوا الغنيمة وملكوها بحيازتهم فكانت لهم دون من قاتل معهم ؛ وأما فى الصورة الثانية فإنما حصلت الغنيمة بقتال الذين استنقذوها فى المرة الثانية فينبغى أن يشتركوا فيها لأن الاحراز الاول قد زال بأخذ الكفار لها ، ويحتمل أن الأولين قد ملكوها بالحيازة الاولى ولم يزل ملكهم بأخذ الكفار لها منهم فلهذا أحب أحمد أن يصطلحوا عليها .

« مسألة » قال (ومن بعثه الامير لمصلحة الجيش فلم يحضر الغنيمة أسهم له)

هذا مثل الرسول والدليل والطليعة والجاسوس وأشباههم يبعثون لمصلحة الجيش فإنهم يشاركون الجيش وبهذا قال أبو بكر بن أبى مريم وراشد بن سعد وعطية بن قيس ، قالوا : وقد تخلف عثمان يوم بدر فأجرى له رسول الله صلى الله عليه وسلم سهما من الغنيمة ، ويروى عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام يعنى يوم بدر فقال : إن عثمان انطلق فى حاجة الله وحاجة رسوله وإنى أبايع له . فضرب له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسهمه ولم يضرب لاحد غاب غيره » رواه أبو داود .

وعن ابن عمر قال إنما تغيب عثمان عن بدر لأنه كانت تحته ابنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت مريضة فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « ان لك أجر رجل ممن شهد بدراً وسهمه » رواه البخارى ولانه فى مصلحتهم فاستحق سهما من غنيمتهم كالسريه مع الجيش والجيش مع السرية :

(فصل) وسأل أحمد عن قوم خلفهم الامير فى بلاد العدو وغزا وغنم ولم يمر بهم فرجعوا هل يسهم لهم ؟ قال نعم يسهم لهم لان الامير خلفهم ، قيل له فإن نادى الامير من كان ضعيفا فليتخلف فتخلف قوم فصاروا الى لؤلؤة وفيها المسلمون فأقاموا حتى فصلوا ، فقال إذا كانوا قد التجئوا إلى مأمن لهم لم يسهم لهم : ولو

تخلفوا وأقاموا فى موضع خوف أسهم لهم ، وقال فى قوم خلفهم الأمير وأغار فى جلد الخيل فقال إن أقاموا فى بلد العدو حتى رجع أسهم لهم، وان رجعوا حتى صاروا الى مأمنهم فلا شيء لهم قيل له فإن اعتل رجل أواعتلت دابته وقد أدرب فقال له الأمير أقم أسهم لك أو انصرف الى أهلك أسهم لك فكرهه وقال هذا ينصرف الى أهله فكيف يسهم له ؟

(فصل) يجوز قسم الغنائم فى دار الحرب وبهذا قال مالك والاوزاعى والشافعى وابن المنذر وأبو ثور

وقال أصحاب الرأى : لا تنقسم إلا فى دار الاسلام لان الملك لا يتم عليها إلا بالاستيلاء التام ولا يحصل الا باحرازها فى دار الإسلام وان قسمت أساء قاسمها وجازت قسمته لانها مسألة مجتهد فيها فإذا حكم الإمام فيها بما يوافق قول بعض المجتهدين نفذ حكمه .

ولنا : ما روى أبو إسحاق الفزارى قال: قلت للأوزاعى هل قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا من الغنائم بالمدينة ؟ قال لا أعلمه إنما كان الناس يتبعون غنائمهم ويقسمونها فى أرض عدوهم ولم يقفل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن غزاة قط أصاب فيها غنيمة إلا خمسه وقسمه من قبل ان يقفل من ذلك عروة بنى المصطلق وهوازن وخيبر ولان كل دار صحت القسمة فيها جازت كدار الإسلام ولان الملك ثبت فيها بالقهر والاستيلاء فصحت قسمتها كما لو أحرزت بدار الاسلام والدليل على ثبوت الملك فيها امور ثلاثة .

احدها : ان سبب الملك الاستيلاء التام وقد وجد فاننا اثبتنا ايدينا عليها حقيقة وقهرناهم ونفيناهم عنها والاستيلاء يدل على حاجة المستولى فيثبت الملك كما فى المباحات .

الثانى : ان ملك الكفار قد زال عنها بدليل انه لا ينفذ عتقهم فى العبيد الذين حصلوا فى الغنيمة ولا يصح تصرفهم فيها ولم يزل ملكهم الى غير مالك اذ ليست فى هذه الحال مباحة علم او ملكهم زال الى الغانمين .

الثالث : انه لو اسلم عبدا لحربى ولحق بجيش المسلمين صار حراً وهذا يدل على زوال ملك الكافر وثبوت الملك لمن قهره وبهذا يحصل الجواب عما ذكروه

«مسألة» قال (وإذا سبوا لم يفرق بين الوالد وولده ولا بين الوالدة وولدها)

أجمع أهل العلم على أن التفريق بين الام وولدها الطفل غير جائز هذا قول مالك فى أهل المدينة والأوزاعى فى أهل الشام والليث فى أهل مصر والشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى فيه ، والأصل فيه ما روى أبو أيوب قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» اخرجه الترمذى ، وقال حديث حسن غريب ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم «لا توله والدة عن ولدها» .

قال أحمد : لا يفرق بين الام وولدها وان رضيت وذلك والله اعلم لما فيه من الاضرار بالولد ولان المرأة قد ترضى بما فيه ضررها ، ثم يتغير قلبها بعدذلك فتندم لا يجوز التفريق بين الاب وولده وهذا قول اصحاب الرأى ومذهب الشافعى ، وقال بعض اصحابه : يجوز ، وهو قول مالك والليث لانه ليس من اهل الحضانة بنفسه ولأنه لا نص فيه ولا هو فى معنى المنصوص عليه لأن الأم اشفق منه .

ولنا أنه أحد الابوين فاشبه الام ولا نسلم أنه ليس من أهل الحضانة ، وظاهر كلام الخرقى أنه لا فرق بين كون الولد كبيراً بالغا أو طفلا وهذا إحدى الروايتين عن أحمد لعموم الخبر ولان الوالدة تتضرر بمفارقة ولدها الكبير ولهذا حرم عليه الجهاد بدون إذنها .

والرواية الثانية : يختص تحريم التفريق بالصغير ، وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن عبد العزيز ومالك والاوزاعى والليث وأبو ثور ، وهو قول الشافعى ، لان سلمة بن الاكوع أتى بامرأة وابنتها فنفله أبو بكر ابنتها فاستوهبها منه النبى صلى الله عليه وسلم فوهبها له ولم ينكر التفريق بينهما ، ولان النبى (ص) أهديت اليه مارية وأختها سيرين فأمسك مارية ووهب سيرين لحسان بن ثابت ؛ ولان الاحرار يتفرقون بعدالكبر ، فان المرأة تزوج ابنتها فالعبيدأولى وبما ذكرناه يتخصص عموم حديث النهى ، واختلفوا فى حد الكبر الذى يجوز معه التفريق ، فروى عن أحمد يجوز التفريق بينهما إذا بلغ الولد ، وهو قول سعيد بن عبد العزيز

وأصحاب الرأى وقول الشافعى ، وقال مالك : اذا أثغر ، وقال الاوزاعى والليث إذا استغنى عن أمه ونفع نفسه .

وقال الشافعى فى أحد قوليه إذا صار ابن سبع سنين أو ثمان سنين ، وقال أبو ثور ، إذا كان يلبس وحده ويتوضأ وحده لانه إذا كان كذلك يستغنى عن أمه ، وكذلك خير الغلام بين أمه وأبيه إذا صار كذلك ولأنه جاز التفريق بينهما بتخييره لجاز ببيعه وقسمته .

ولنا ما روى عن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا يفرق بين الوالدة وولدها فقيل الى متى ؟ قال حتى يبلغ الغلام وتحيض الجارية » ولأن ما دون البلوغ مولى عليه فأشبه الطفل .

(فصل) وان فرق بينهما بالبيع فالبيع فاسد وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة يصح البيع لان النهى لمعنى فى غير المعقود عليه فأشبه البيع فى وقت النداء .

ولنا ما روى أبو داود فى سننه باسناده عن على رضى الله عنه أنه فرق بين الام وولدها فنهاه رسول الله (ص) عن ذلك ورد البيع والاصل ممنوع ولا يصح ما ذكروه فانه نهى عنه لما يلحق المبيع من الضرر فهو لمعنى فيه .

« مسألة » قال (والجد فى ذلك كالاب والجدة فيه كالام)

وجملة ذلك : أن الجد والجدة فى تحريم التفريق بينهما وبين ولد ولدهما كالأبوين لأن الجد أب والجدة أم ، ولذلك يقومان مقام الأبوين فى استحقاق الحضانة والميراث والنفقة فقاما مقامهما فى تحريم التفريق ويستوى فى ذلك الجد والجدة من قبل الأب والأم لأن للجميع ولادة ومحرمية فاستووا فى ذلك كاستوائهم فى منع شهادة بعضهم لبعض .

« مسأله » قال (ولا يفرق بين أخوين ولا أختين)

وجملته : أنه يحرم التفريق بين الاخوة فى القسمة والبيع وبهذا قال أصحاب الرأى ، وقال مالك والليث والشافعى وابن المنذر يجوز لانها قرابة لا تمنع قبول الشهادة فلم يحرم التفريق كقرابة ابن العم .

ولنا ما روى عن على رضى الله عنه قال « وهب لى رسول الله صلى الله عليه وسلم

غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما فعل غلامك ؟ » فأخبر به فقال : رده رده » رواه الترمذى ، وقال هذا حديث حسن غريب ، وروى عبد الرحمن بن فروخ عن أبيه قال كتب الينا عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا تفرقوا بين الاخوين ولا بين الام وولدها فى البيع لانه ذو رحم محرم فلم يجز التفريق بينهما كالولد والوالد .

(فصل) ويجوز التفريق بين سائر الاقارب فى ظاهر كلام الخرقى ، وقال غيره من أصحابنا لا يجوز التفريق بين ذوى رحم محرم كالعمة مع ابن أخيها والخالة مع ابن أختها لما ذكرنا من القياس .

ولنا أن الاصل حل البيع والتفريق ، ولا يصح القياس على الأخوة لأنهم أقرب ولذلك يحجبون غيرهم عن الميراث فيبقى فيمن عداهم على مقتضى الأصل فأما من ليس بينهما رحم محرم فلا يمنع من التفريق بينهم عند أحد علمناه لعدم النص فيهم وامتناع القياس على المنصوص ، وكذلك يجوز التفريق بين الأم من الرضاع وولدها والاخت وأختها لذلك ولان قرابة الرضاع لا توجب عتق أحدهما على صاحبه ولا نفقة ولا ميراثا فلم تمنع التفريق كالصداقة .

(فصل) واذا كان فى المغنم من لا يجوز التفريق بينهم وكان قدرهم حصة واحد من الغانمين دفعوا إلى واحد ، وان كان فيهم فضل فرضى برد قيمة الفضل جاز ، وان لم يكن ذلك بيعوا جملة وقسم ثمنهم أو يجعلوا فى الخمس ، ويجوز التفريق بينهم فى العتق والفداء لان العتق لا تفرقة فيه فى المكان والفداء تخليص فهو كالعتق .

« مسألة » قال (ومن اشترى منهم وهم مجتمعون فتبين أن لا نسب بينهم رد إلى المقسم الفضل الذى فيه بالتفريق)

وجملته : أن من اشترى من المغنم اثنين أو أكثر وحسبوا عليه بنصيبه بناء على أنهم أقارب يحرم التفريق بينهم فبان أنه لا نسب بينهم وجب عليه رد الفضل الذى فيهم على المغنم لان قيمتهم تزيد بذلك فإن اشترى اثنين بناء على أن احداهما أم الاخرى لا يحل له الجمع بينهما فى الوطء ولا بيع إحداهما دون الاخرى فكانت

قيمتهما قليلة لذلك : فإن بان أن إحداهما أجنبية من الأخرى أبيح له وطؤهما وبيع إحداهما فتكثر قيمتهما فيجب رد الفضل كما لو اشتراهما فوجد معهما حلياً أو ذهباً فتكثر قيمتهما وكما لو أخذ دراهم فبانت أكثر مما حسب عليه .

« مسألة » قال (ومن سبي من أطفالهم منفرداً أو مع أحد أبويه فهو مسلم ومن سبي مع أبويه فهو على دينهما)

وجملته : أنه اذا سبي من لم يبلغ من أولاد الكفار صار رقيقاً ولا يخلو من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يسبى منفرداً عن أبويه فهذا يصير مسلما إجماعا لان الدين إنما يثبت له تبعاً وقد انقطعت تبعيته لابويه لانقطاعه عنهما واخراجه عن دارهما ومصيره الى دار الاسلام تبعا لسابيه المسلم فكان تابعا له فى دينه

والثانى : أن يسبى مع أحد أبويه فانه يحكم بإسلامه ايضا وبهذا قال الاوزاعى وقال ابو حنيفة والشافعى يكون تابعا لابيه فى الكفر لانه لم ينفرد عن احد ابويه فلم يحكم باسلامه كما لو سبي معهما ، وقال مالك ان سبي مع ابيه يتبعه لان الولد يتبع اباه فى الدين كما يتبعه فى النسب وان سبي مع امه فهو مسلم لانه لا يتبعها فى النسب فكذلك فى الدين .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه او ينصرانه او يمجسانه » فمفهومه انه لا يتبع احدهما لان الحكم متى علق بشيئين لا يثبت بأحدهما ولانه يتبع سابيه منفرداً فيتبعه مع احد ابويه قياسا على مالو اسلم احد الابوين ، يحققه ان كل شخص غلب حكم اسلامه منفرداً غلب مع احد الابوين كالمسلم من الابوين .

الثالث : ان يسبي مع ابويه فانه يكون على دينهما وبهذا قال ابو حنيفة ومالك والشافعى ، وقال الاوزاعى يكون مسلماً لان السابي احق به لكونه ملكه بالسبي وزالت ولاية ابويه عنه وانقطع ميراثهما منه وميراثه منهما فكان اولى به منهما .

ولنا : قوله عليه السلام « فأبواه يهودانه او ينصرانه او يمجسانه » وهما معه

وملك السابي له لا يمنع اتباعه لأبويه بدليل ما لو ولد في ملكه من عبده وأمته الكافرين .

(فصل . وإذا سبي المتزوج من الكفار لم يخل من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يسبي الزوجان معا فلا ينفسخ نكاحهما وبهذا قال أبو حنيفة والأوزاعي ، وقال مالك والثوري والليث والشافعي وأبو ثور ينفسخ نكاحهما لقوله تعالى (والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم) والمحصنات المزوجات (الا ماملكت أيمانكم) بالسبي .

قال أبو سعيد الخدري : نزلت هذه الآية في سبي أوطاس ، وقال ابن عباس الا ذوات الأزواج من المسبيات ولأنه استولى على محل حق الكافر فزال ملكه كما لو سباها وحدها .

ولنا أن الرق معنى لا يمنع ابتداء النكاح فلا يقطع استدامته كالعتق والآية نزلت في سبايا أوطاس وكانوا أخذوا النساء دون أزواجهن وعموم الآية مخصوص بالمملوكة المزوجة في دار الإسلام فيخص منه محل النزاع بالقياس عليه .

الحال الثاني . أن تسبي المرأة وحدها فينفسخ النكاح بلا خلاف علمناه ، والآية دالة عليه ، وقد روى أبو سعيد الخدري قال ، أصبنا سبايا يوم أوطاس ولهن أزواج في قومهن فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) رواه الترمذي ، وقال هذا حديث حسن إلا أن أبا حنيفة قال : إذا سبيت المرأة وحدها ثم سبي زوجها بعدها بيوم لم ينفسخ النكاح

ولنا أن السبب المقتضي للفسخ وجد فانفسخ النكاح كما لو سبي بعد شهر .

الحال الثالث : سبي الرجل وحده فلا ينفسخ النكاح لأنه لا نص فيه ولا القياس يقتضيه وقد سبي النبي صلى الله عليه وسلم سبعين من الكفار يوم بدر فمن على بعضهم وفادى بعضا فلم يحكم عليهم بفسخ أنكحتهم ولأننا إذا لم نحكم بفسخ النكاح فيما إذا سبيا معاً مع الاستيلاء على محل حقه فلأن لا ينفسخ نكاحه مع عدم الاستيلاء أولى .

وقال أبو الخطاب : إذا سبي أحد الزوجين انفسخ النكاح ولم يفرق ، وبه قال أبو حنيفة لأن الزوجين افترقت بهما الدار وطرأ الملك على أحدهما فانفسخ النكاح .

كما لو سبيت المرأة وحدها ، وقال الشافعي : ان سبي واسترق انفسخ نكاحه ، وان من عليه أو فودى لم ينفسخ .

ولنا ما ذكرناه وأن السبي لم يزل ملكه عن ماله في دار الحرب فلم يزله عن زوجته كما لم يزله عن أمته .

(فصل) ولم يفرق أصحابنا في سبي الزوجين بين أن يسبيهما رجل واحد أو رجلان وينبغي أن يفرق بينهما فانهما اذا كانا مع رجلين كان مالك المرأة منفرداً بها ولا زوج معه لها فتحل له لقوله تعالى (والمحصنات من النساء الا ما ملكت أيمانكم) وذكر الاوزاعي أن الزوجين إذا سبيا فهما على النكاح في المقاسم فإن اشتراهما رجل فله أن يفرق بينهما إن شاء أو يقرهما على النكاح .

ولنا أن تجدد الملك في الزوجين لرجل لا يقتضي جواز الفسخ كما لو اشترى زوجين مسلمين ، إذا ثبت هذا فإنه لا يحرم التفريق بين الزوجين في القسمة والبيع لان الشرع لم يرد بذلك .

(فصل) اذا أسلم الحربي في دار الحرب حقن ماله ودمه وأولاده الصغار من السبي ، وان دخل دار الاسلام فأسلم وله أولاد صغار في دار الحرب صاروا مسلمين ولم يجز سبيهم ؛ وبه قال مالك والشافعي والاوزاعي .

وقال أبو حنيفة ما كان في يديه من ماله ورقيقه ومتاعه وولده الصغار ترك له وما كان من أمواله بدار الحرب جاز سبيهم لأنه لم يثبت اسلامهم بإسلامه لاختلاف الدارين بينهم ولهذا إذا سبي الطفل وأبواه في دار الكفر لم يتبعهما ويتبع سابيه في الإسلام وما كان من أرض أو دار فهو فيء ، وكذلك زوجته إذا كانت كافرة وما في بطنها فيء .

ولنا : أن أولاده أولاد مسلم فوجب ان يتبعوه في دار الاسلام كما لو كانوا معه في الدار ولأن ماله مال مسلم فلا يجوز اغتنامه كما لو كان في دار الاسلام وبذلك يفارق مال الحربي وأولاده وما ذكره ابو حنيفة لا يلزم فإننا نجعله تبعا للسابي لاننا لا نعلم بقاء ابويه ، فأما اولاده الكبار فلا يعصمهم لأنهم لا يتبعونه ولا يعصم زوجته لذلك فإن سبيت صارت رقيقا ولم ينفسخ نكاحه برقها ولكن يكون حكمها في النكاح وفسخه حكم ما لو لم تسب على ما مر في نكاح اهل الشرك

فان كانت حاملا من زوجها لم يجز استرقاق الحمل وكان حراً مسلما وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يحكم برقه مع أمه لأن ماسرى إليه العتق سرى إليه الرق كسائر أعضائها .

ولنا: أنه محكوم بحريته وإسلامه فلم يجز استرقاقه كالمنفصل ويخالف الاعضاء لأنها لا تنفرد بحكم عن الاصل .

(فصل) وإذا أسلم الحربي في دار الحرب وله مال وعقار أو دخل إليها مسلم فابتاع عقاراً أو مالا فظهر المسلمون على ماله وعقاره لم يملكوه وكان له ، وبه قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة: يغنم العقار وأما غيره فما كان في يده أو يد مسلم لم يغنم واحتج بأنها بقعة من دار الحرب فجاز اغتنامها كما لو كانت لحربي . ولنا أنه مال مسلم فأشبه ما لو كانت في دار الاسلام .

(فصل) اذا استاجر المسلم أرضا من حربي ثم استولى عليها المسلمون فهي غنيمة ومنافعها للمستاجر لأن المنافع ملك المسلم . فان قيل فلم أجزتم استرقاق الكافرة الحربية اذا كان زوجها قد أسلم وفي استرقاقها إبطال حق زوجها ؟ قلنا يجوز استرقاقها لانها كافرة ولا امان لها فجاز استرقاقها كما لولم تكن زوجة مسلم فلا يبطل نكاحه بل هو باق ولأن منفعة النكاح لا تجرى مجرى الاموال بدليل انها لا تضمن باليد ولا يجوز اخذ العوض عنها بخلاف حق الاجارة .

(فصل) إذا اسلم عبدا لحربي او امته وخرج الينا فهو حر وان اسر سيده وأولاده واخذ ماله وخرج الينا فهو حر والمال له والسبي رقيقه وان اسلم واقام بدار الحرب فهو على رقه . وان اسلمت ام ولد الحربي وخرجت الينا عتقت واستبرأت نفسها ، وهذا قول اكثر اهل العلم .

قال ابن المنذر : وقال به كل من نحفظ عنه من اهل العلم الا ان ابا حنيفة قال في ام الولد تزوج ان شاءت من غير استبراء واهل العلم على خلافه لأنها ام ولد عتقت فلم يجز ان تتزوج بغير استبراء كما لو كانت لذمي .

وروى سعيد بن منصور حدثنا يزيد بن هارون عن الحجاج عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتق العبيد اذا جاءوا قبل مواليهم » .

وعن أبي سعيد الأعسم قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى العبد وسيده قضيتين : قضى أن العبد إذا خرج من دار الحرب قبل سيده أنه حر ، فإن خرج سيده بعد لم يرد عليه وقضى أن السيد إذا خرج قبل العبد ثم خرج العبد رد على سيده » رواه سعيد أيضا .

وعن الشعبي عن رجل مَن ثقيف قال « سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد علينا أبابكرة وكان عبداً لنا أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محاصر ثقيفا فأسلم فأبى أن يرده علينا وقال هو طليق الله ثم طليق رسوله فلم يرده علينا»

« مسألة » قال (وما أخذه أهل الحرب من أموال المسلمين وعبيدهم فأدركه صاحبه قبل قسمه فهو أحق به)

فإن أدركه مقسوما فهو أحق به بالثمن الذى ابتاعه من المغنم فى إحدى الروايتين والرواية الأخرى إذا قسم فلا حق له فيه بحال ، يعنى إذا أخذ الكفار أموال المسلمين ثم قهرهم المسلمون فأخذوها منهم فان علم صاحبها قبل قسمها ردت إليه بغير شيء فى قول عامة أهل العلم منهم عمر رضى الله عنه وعطاء والنخعى وسلمان ابن ربيعة والليث ومالك والثورى والاوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى ، وقال الزهرى لا يرد اليه وهو للجيش ، ونحوه عن عمرو بن دينار لأن الكفار ملكوه باستيلائهم فصار غنيمة كسائر أموالهم .

ولنا ما روى ابن عمر « أن غلاما له أبق الى العدو فظهر عليه المسلمون فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ابن عمر ولم يقسم ، وعنه قال : ذهب فرس له فأخذها العدو فظهر عليه المسلمون فرد عليه فى زمن النبي صلى الله عليه وسلم » رواهما أبو داود .

وعن جابر بن حيوة « أن أبا عبيدة كتب الى عمر بن الخطاب فيما أحرز المشركون من المسلمين ثم ظهر المسلمون عليهم بعد ، قال : من وجد ماله بعينه فهو أحق به ما لم يقسم » رواه سعيد والاثرم

فأما ما أدركه بعد أن قسم ففيه روايتان . إحداهما أن صاحبه أحق به بالثمن الذى حسب به على من أخذه ، وكذلك إن بيع ثم قسم ثمنه فهو أحق به بالثمن .

وهذا قول أبي حنيفة والثورى والأوزاعى ومالك لما روى ابن عباس رضى الله عنه « أن رجلا وجد بعيراً له كان المشركون أصابوه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : إن أصبته قبل أن نقسمه فهو لك ، وإن أصبته بعدما قسم أخذته بالقيمة » ولأنه إنما امتنع أخـذه له بغير شيء كيلا يفضى إلى حرمان آخذه من الغنيمة أو يضيع الثمن على المشترى وحقهما ينجبر بالثمن فيرجع صاحب المال فى عين ماله بمنزلة مشترى الشقص المشفوع ، إلا أن المحكى عن مالك وابي حنيفة انه يأخذه بالقيمة ، ويروى عن مجاهد مثله .

والرواية الثانية عن أحمد انه اذا قسم فلا حق له فيه بحال ، نص عليه فى رواية أبي داود وغيره ، وهو قول عمر وعلى وسلمان بن ربيعه وعطاء والنخعى والليث قال احمد : أما قول من قال هو أحق بالقيمة فهو قول ضعيف عن مجاهد ، وقال الشافعى: يأخذه صاحبه قبل القسمة وبعدها ويعطى مشتريه ثمنه من خمس المصالح لأنه لم يزل عن ملك صاحبه ، فوجب ان يستحق أخذه بغير شيء كما قبل القسـمة ويعطى من حسب عليه القيمة لئلا يفضى الى حرمان آخذه حقه من الغنيمة وجعل من سهم المصالح لأن هذا منها ، وهذا قول ابن المنذر .

ولنا ما روى « أن عمر رضى الله عنه كتب الى السائب أيما رجل من المسلمين أصـاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به من غيره ، وإن أصابه فى أيدى التجار بعدما اقتسم فلا سبيل له اليه » وقال سلمان بن ربيعة « إذا قسم فلا حق له فيه » رواهما سعيد فى سننه ولأنه اجماع

قال احمد : إنما قال الناس فيها قولين : اذا قسم فلا شيء له ، وقال قوم : اذا قسم فهو له بالثمن . فأما أن يكون له بعد القسمة بغير ذلك فلم يقله أحـد ، ومتى ما انقسم أهل العصر على قولين فى حكم لم يجز إحـداث قول ثالث لأنه يخالف الاجماع فلم يجز المصير اليه . وقد روى أصحابنا عن ابن عمر « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من أدرك ماله قبل أن يقسم فهو له ، وان أدركه بعد أن قسم فليس له فيه شيء » والمعمول على ما ذكرنا من الاجماع ، وقولهم لم يزل ملك صاحبه عنه غير مسلم .

(فصـل) وان أخذه أحد الرعية بهبة أو سرقة أو بغير شيء فصاحبه أحق به

بغير شيء . وقال أبو حنيفة : لا يأخذه إلا بالقيمة لانه صار ملكا لواحد بعينه ، فأشبه ما لو قسم .

ولنا ما روى « أن قوما أغاروا على سرح النبي صلى الله عليه وسلم فأخذوا ناقته وجارية من الانصار فأقامت عندهم أياما ثم خرجت في بعض الليل ، قالت فما وضعت يدي على ناقة الا رغت حتى وضعتها على ناقة ذلول فامتطيتها ثم توجهت الى المدينة ونذرت ان نجاني الله عليها ان أنحرها ، فلما قدمت المدينة استعرفت الناقة فإذا هي ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخذها ، فقلت يا رسول الله انى نذرت أن أنحرها ، فقال بئسما جازيتها لا نذر في معصية »

وفي رواية « لا نذر فيما لا يملك ابن آدم » رواه احمد ومسلم ، ولأنه لم يحصل في يده بعوض فكان صاحبه أحق به كما لو أدركه في الغنيمة قبل قسمه ، فأما ان اشتراه رجل من العدو فليس لصاحبه أخذه الا بثمنه لما روى سعيد حدثنا عثمان ابن مطر الشيباني حدثنا ابو حريز عن الشعبي قال « أغار أهل ماه وأهل جلولاء على العرب فأصابوا سبايا من سبايا العرب ورقيقا ومتاعا ، ثم ان السائب بن الاقرع عامل عمر غزاهم ففتح ماه فكتب الى عمر في سبايا المسلمين ورقيقهم ومتاعهم قد اشتراه التجار من أهل ماه ، فكتب اليه عمر : ان المسلم أخو المسلم لا يخونه ولا يخذله فأيما رجل من المسلمين أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به وان أصابه في أيدي التجار بعدما اقتسم فلا سبيل اليه وأيما حر اشتراه التجار فانه يرد عليهم رءوس أموالهم فإن الحر لا يباع ولا يشترى »

وقال القاضي . ما حصل في يده بهبة أو سرقة أو شراء فهو كما لو وجده صاحبه بعد القسمة هل يكون صاحبه أحق به بالقيمة ؟ على روايتين والاولى ما ذكرناه وان علم الامام بمال المسلم قبل قسمه فقسمه وجب رده وكان صاحبه احق به بغير شيء لان قسمته كانت باطلة من اصلها .

(فصل) وان غنم المسلمون من المشركين شيئا عليه علامة المسلمين فلم يعلم صاحبه فهو غنيمة .

قال احمد في مراكب تجيء من مصر يقطع عليها الروم فيأخذونها ثم يأخذها المسلمون منهم ان عرف صاحبها فلا يؤكل منها ، وهذا يدل على انه اذا لم يعرف

صاحبها جاز الأكل منها ، ونحو هذا قول الثوري والأوزاعي قالا في المصحف يحصل في الغنائم يباع ، وقال الشافعي يوقف حتى يجيء صاحبه ، وان وجد شيء موسوم عليه حبس في سبيل الله رد كما كان . نص عليه أحمد وبه قال الأوزاعي والشافعي ، وقال الثوري يقسم ما لم يأت صاحبه .

ولنا أن هذا قد عرف مصرفه وهو الحبس ، فهو بمنزلة ما لو عرف صاحبه قيل لأحمد فالجواميس تدرك وقد ساقها العدو للمسلمين وقد ردت يؤكل منها ؟ قال إذا عرف لمن هي فلا يؤكل منها ، قيل لأحمد فما حاز العدو للمسلمين فأصابه المسلمون أعليهم أن يقفوه حتى يتبين صاحبه ؟ قال إذا عرف فقيل هو لفلان وكان صاحبه بالقرب ، قيل له أصيب غلام في بلاد الروم ، قال أنا لفلان رجل ؟ قال إذا عرف الرجل لم يقسم ماله ورد على صاحبه ، قيل له أصبنا مركبا في بلاد الروم فيها النواتية قالوا هذا لفلان وهذا لفلان ؟ قال هذا قد عرف صاحبه لا يقسم

(فصل) قال القاضي : يملك الكفار أموال المسلمين بالقهر وهو قول مالك وأبي حنيفة ، وقال أبو الخطاب : لا يملكونها وهو قول الشافعي ، قال وهو ظاهر كلام احمد حيث قال إن أدركه صاحبه قبل القسمه فهو أحق به ، وانما منعه أخذه بعد قسمه لان قسمة الإمام له تجري مجرى الحكم ومتى صادف الحكم أمراً مجتهداً فيه نفذ حكمه .

وحكى عن أحمد في ذلك روايتان ، واحتج من قال لا يملكونها بحديث ناقة النبي صلى الله عليه وسلم ، ولأنه مال معصوم طرأت عليه يد عادية فلم يملك بها كالغصب ولأن من لا يملك رقبة غيره بالقهر لم يملك ماله به كالمسلم مع المسلم ، ووجه الاول ان القهر سبب يملك به المسلم مال الكافر فملك به الكافر مال المسلم كالبيع ، فأما الناقة فإنما أخذها النبي صلى الله عليه وسلم لأنه أدركها غير مقسومة ولا مشتراة ، فعلى هذا يملكونها قبل حيازتها الى دار الكفر ، وهو قول مالك . وذكر القاضي أنهم انما يملكونها بالحيازة الى دارهم ، وهو قول أبي حنيفه ، وحكى في ذلك عن احمد روايتان ، ووجه الاول ان الاستيلاء سبب للملك فيثبت قبل الحيازة الى الدار كاستيلاء المسلمين على مال الكفار ولأن ما كان سببا للملك أثبته حيث وجد كالهبة والبيع ، وفائدة الخلاف في ثبوت الملك وعدمه : أن من

أثبت الملك للكفار فى أموال المسلمين أباح للمسلمين إذا ظهروا عليها قسمتها والتصرف فيها ما لم يعلموا صاحبها ، وأن الكافر إذا أسلم وهى فى يده فهو أحق بها ، ومن لم يثبت الملك اقتضى مذهبه عكس ذلك والله أعلم

(فصل)

ولا أعلم خلافا فى أن الكافر الحربى اذا أسلم أو دخل الينا بأمان بعد أن استولى على مال مسلم فأتلفه انه لا يلزمه ضمانه ، وإن أسلم وهو فى يده فهو له بغير خلاف فى المذهب لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أسلم على شىء فهو له » وإن كان أخذه من المستولى عليه بهبة أو سرقة أو شراء فكذلك لأنه استولى عليه فى حال كفره فأشبه ما استولى عليه بقهره للمسلم . وعن احمد أن صاحبه يكون أحق به بالقيمة ، وإن استولى على جارية مسلم فاستولدها ثم أسلم فهى له وهى أم ولد له . نص عليه احمد لأنها مال فأشبهت سائر الاموال ، وإن غنمها المسلمون وأولادها قبل إسلام سابيها فعلم صاحبها ردت اليه وكان أولادها غنيمة لأنهم أولاد كافر حدثوا بعد ملك الكافر لها .

(فصل) وان استولوا على حر لم يملكوه سواء كان مسلما أو ذمياً .

لا أعلم فى هذا خلافا لانه لا يضمن بالقيمة ولا تثبت عليه يد بحال وكل ما يضمن بالقيمة يملكونه بالقهر كالعروض والعبد القن والمدبر والمكاتب وأم الولد

وقال أبو حنيفة : لا يملكون المكاتب وأم الولد لأنهما لا يجوز نقل الملك فيهما فهما كالحر .

ولنا أنهما يضمنان بالقيمة فيملكونها كالعبد القن ، ويحتمل أن يملكوا المكاتب دون أم الولد لأن أم الولد لا يجوز نقل الملك فيها ولا يثبت فيها لغير سيدها . وفائدة الخلاف أن من قال بثبوت الملك فيهما قال: متى قسما أو اشتراهما إنسان لم يكن لسيدهما أخذهما الا بالثمن

قال الزهرى فى أم الولد : يأخذها سيدها بقيمة عدل ، وقال مالك : يفديها الامام فإن لم يفعل يأخذها سيدها بقيمة عدل ولا يدعها يستحل فرجها من لا تحل له . ومن قال لا يثبت الملك فيهما ردا الى ما كانا عليه على كل حال كالحر ، وان

اشتراهما إنسان فالحكم فيهما كالحكم فى الحر اذا اشتراه .

(فصل) إذا أبق عبد المسلم الى دار الحرب فأخذوه ملكوه كالمال ، وهذا قول مالك وأبي يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يملكوه ، وعن احمد مثل ذلك لانه اذا صار فى دار الحرب زالت يد مولاه عنه وصار فى يد نفسه فلم يملك كالحر . ولنا أنه مال لو أخذوه من دار الاسلام ملكوه فإذا أخذوه من دار الحرب ملكوه كالبهيمة .

« مسألة » قال ﴿ ومن قطع من مواتهم حجراً أو عوداً أو صاد حوتا أو ظبيا رده على سائر الجيش اذا استغنى عن أكله والمنفعة به ﴾

يعنى اذا أخذ شيئا له قيمة من دار الحرب فالمسلمون شركاؤه فيه ، وبه قال أبو حنيفه والثورى . وقال الشافعى : ينفرد آخذه بملكه لأنه لو أخذه من دار الاسلام ملكه فإذا أخذه من دار الحرب ملكه كالشيء التافه ، وهذا قول مكحول والاوزاعى ونقل ذلك عن القاسم وسالم

ولنا انه مال ذو قيمة مأخوذ من أرض الحرب بظهر المسلمين فكان غنيمة كالمطعومات ، وفارق ما أخذوه من دار الاسلام لأنه لا يحتاج الى الجيش فى أخذه ، فأما ان احتاج الى أكله والانتفاع به فله ذلك ولا يرده ، لأنه لو وجد طعاما مملوكا للكفار كان له أكله اذا احتاج فما أخذ من الصيود والمباحات أولى .

(فصل) وان أخذ من بيوتهم او خارج منها مالا قيمة له فى أرضهم كالمسن والاقلام والاحجار والادوية فله أخذه وهو احق به ، وان صارت له قيمة بنقله او معالجته نص احمد على نحو هذا ، وبه قال مكحول والاوزاعى والشافعى ، وقال الثورى: اذا جاء به الى دار الاسلام دفعه فى المقسم وان عالجه فصار له ثمن اعطى بقدر عمله فيه وبقيته فى المقسم ، ولنا ان القيمة انما صارت له بعمله او بنقله فلم تكن غنيمة كما لو لم تصر له قيمة

(فصل) وان ترك صاحب المقسم شيئا من الغنيمة عجزا عن حمله فقال من اخذ شيئا فهو له فمن حمل شيئا فهو له نص عليه احمد ، وسئل عن قوم غنموا غنائم كثيرة فيبقى خرثى المتاع مما لا يباع ولا يشترى فيدعه الوالى بمنزلة العقار والفخار

وما أشبه ذلك أيأخذه الانسان لنفسه ؟ قال نعم إذا ترك ولم يشتر ، ونحو هذا قول مالك . ونقل عنه أبو طالب فى المتاع لا يقدرون على حمله ، اذا حمله رجل يقسم ، وهذا قول ابراهيم .

قال الخلال : روى ابو طالب هذه فى ثلاثة مواضع ، فى موضع منها وافق أصحابه ، وفى موضع خالفهم ، قال ولا شك أن أباعبد الله قال هذا أولا ثم تبين له بعد ذلك أن للامام ان يبيحه وأن يحرمه وان لهم ان يأخذوه إذا تركه الامام إذا لم يجد من يحمله ، لأنه اذا لم يجد من يحمله ولم يقدر على حمله بمنزلة مالا قيمة له فصار كالذى ذكرناه فى الفصل قبل هذا .

(فصل) وان وجد فى أرضهم ركازاً فإن كان فى موضع يقدر عليه بنفسه فهو كما لو وجده فى دار الاسلام فيه الخمس وباقيه له ، وان قدر عليه بجماعة المسلمين فهو غنيمة ، ونحو هذا قول مالك والأوزاعى والليث . وقال الشافعى: إن وجده فى مواتهم فهو كما لو وجده فى دار الاسلام .

ولنا ما روى عاصم بن كليب عن ابى الجويرية الحرمى قال : أصبت بأرض الروم جرة حمراء فيها دنانير فى إمرة معاوية وعلينا معن بن يزيد السلمى فأتيته بها فقسمها بين المسلمين وأعطانى مثل ما أعطى رجلا منهم ثم قال : لولا انى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول . لا نفل إلا بعد الخمس لأعطيتك ، ثم أخذ يعرض على من نصيبه فأبيت » أخرجه ابو داود ، ولأنه مال مشرك ظهر عليه بقوة جيش المسلمين فكان غنيمة كأموالهم الظاهرة .

(فصل) وسئل احمد عن الدابة تخرج من بلد الروم أو تنفلت فتدخل القرية وعن القوم يضلون عن الطريق فيدخلون القرية من قرى المسلمين فيأخذونهم فقال يكونون لأهل القرية كلهم يتقاسمونهم ، وسئل عن قوم يكونون فى حصن أو رباط فيخرج منهم قوم الى قتالهم فيصيبون دوابا أو سلاحا ، فقال ابو عبدالله تكون بين أهل الرباط واهل الحضرة من القرية ، وسئل عن مركب بعث به ملك الروم فيه رجاله فطرحته الريح إلى طرطوس ، فخرج اليه أهل طرطوس فقتلوا الرجال وأخذوا الأموال ، فقال هذا فىء المسلمين مما أفاء الله عليهم . وقال الزهرى هو لمن غنمه وفيه الخمس ، فقال ابو الخطاب : من ضل الطريق منهم أو حملته

الريح الينا فهو لمن أخذه فى إحدى الروايتين لأنه متاع أخذه أحد المسلمين بغير قوة مسلم فكان له كالحطب والرواية الثانية يكون فيئا

(فصل) ومن وجد فى دارهم لقطة فإن كانت من متاع المسلمين فهى لقطة يعرفها سنة ثم يملكها ، وان كانت من متاع المشركين فهى غنيمة ، وإن احتمل الامرين عرفها حولا ثم جعلها فى الغنيمة نص عليه احمد ويعرفها فى بلد المسلمين لأنها تحتمل الأمرين فغلب فيها حكم مال المسلمين فى التعريف وحكم مال أهل الحرب فى كونها غنيمة احتياطا .

« مسألة » قال (ومن تعلف فضلا عما يحتاج اليه رده على المسلمين فإن باعه رد ثمنه فى المقسم)

أجمع أهل العلم الا من شذ منهم على أن للغزاة اذا دخلوا أرض الحرب ان يأكلوا مما وجدوا من الطعام ويعلفوا دوابهم من أعلافهم، منهم سعيد بن المسيب وعطاء والحسن والشعبي والقاسم وسالم والثورى والأوزاعى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى . وقال الزهرى . لا يؤخذ إلا بإذن الامام . وقال سليمان بن موسى : لا يترك الا أن ينهى عنه الامام فيتقى نهيه .

ولنا ما روى عبد الله بن ابى أوفى قال « اصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يأخذ منه مقدار مايكفيه ثم ينصرف . رواه سعيد وابو داود . وروى ان صاحب جيش الشام كتب الى عمر : إنا اصبنا ارضا كثيرة الطعام والعلف وكرهت ان اتقدم فى شىء من ذلك فكتب اليه : دع الناس يعلفون ويأكلون ، فمن باع منهم شيئا بذهب او فضة ففيه خمس الله وسهام المسلمين . رواه سعيد

وقد روى عبد الله بن مغفل قال « دلى جراب من شحم يوم خيبر فالتزمته وقلت : والله لا اعطى احدا منه شيئا ، فالتفت فإذا رسول الله (ص) يضحك فاستحييت منه » متفق عليه ، ولأن الحاجة تدعو الى هذا ، وفى المنع منه مضرة بالجيش وبدوابهم ، فإنه يعسر عليهم نقل الطعام والعلف من دار الاسلام ولا يجدون بدار الحرب ما يشترونه ولو وجدوه لم يجدوا ثمنه ، ولا يمكن قسمة

ما يأخذه الواحد منهم ، ولو قسم لم يحصل للواحد منهم شيء ينتفع به ولا يدفع به حاجته فأباح الله تعالى لهم ذلك ، فمن أخذ من الطعام شيئا مما يقتات أو يصلح به القوت من الادم وغيره أو العلف لدابته فهو أحق به ، وسواء كان له مايستغنى به عنه ، أو لم يكن له ويكون أحق بما يأخذه من غيره ، فإن فضل منه مالا حاجة به اليه رده على المسلمين لأنه إنما أبيح له مايحتاج اليه ، وإن أعطاه أحد من أهل الجيش ما يحتاج اليه جاز له أخذه وصار أحق به من غيره ، وان باع شيئاً من الطعام أو العلف رد ثمنه فى الغنيمة لما ذكرنا من حديث عمر .

وروى مثله عن فضالة بن عبيد ، وبه قال سليمان بن موسى والثورى والشافعى وكره القاسم وسالم ومالك بيعه .

قال القاضى : لا يخلو إما أن يبيعه من غاز أو غيره ، فإن باعه لغيره فالبيع باطل لانه بيع مال الغنيمة بغير ولاية ولا نيابة فيجب رد المبيع ونقض البيع ، فإن تعذر رده رد قيمته أو ثمنه ان كان أكثر من قيمته الى المغنم .

وعلى هذا الوجه حمل كلام الخرقى ، وان باعه لغاز لم يخل إلا أن يبدله بطعام أو علف مما له الانتفاع به او بغيره ، فإن باعه بمثله فليس هذا بيعا فى الحقيقة إنما سلم اليه مباحا وأخذ مثله مباحا : ولكل واحد منهما الانتفاع بما أخذه وصار أحق به لثبوت يده عليه ، فعلى هذا لو باع صاعا بصاعين وافترقا قبل القبض جاز لأنه ليس ببيع .

وان باعه به نسيئة أو أقرضه اياه فأخذه فهو أحق به ولا يلزمه ايفاؤه ، فان وفاه أو رده اليه عادت اليد اليه ، وان باعه بغير الطعام والعلف فالبيع أيضاً غير صحيح ويصير المشترى أحق به لثبوت يده عليه ولا ثمن عليه ، وان أخذ منه وجب رده اليه .

(فصل) وان وجد دهنا فهو كسائر الطعام لما ذكرنا من حديث ابن مغفل ولأنه طعام فأشبه البر والشعير ، وان كان غير مأكول فاحتاج أن يدهن به أو يدهن دابته فظاهر كلام أحمد جوازه اذا كان من حاجة .

قال أحمد فى زيت الروم : اذا كان من ضرورة أو صداع فلا بأس ، فأما التزين فلا يعجبنى ، وقال الشافعى . ليس له دهن دابته من جرب ولا يوقحها الا

بالقيمة لأن ذلك لا تعم الحاجة اليه ، ويحتمل كلام أحمد مثل هذا لأن هذا ليس بطعام ولا علف .

ووجه الأول أن هذا مما يحتاج اليه لاصلاح نفسه ودابته أشبه الطعام والعلف وله أكل ما يتداوى به وشرب الشراب من الجلاب والسكنجبين وغيرهما عند الحاجة اليه لانه من الطعام ، وقال أصحاب الشافعى : ليس له تناوله لأنه ليس من القوت ولا يصلح به القوت ولأنه لا يباح مع عدم الحاجة اليه فلا يباح مع وجودها كغير الطعام .

ولنا أنه طعام احتيج اليه أشبه الفواكه وما ذكروه يبطل بالفاكهة وانما اعتبرنا الحاجة هہنا ، لان هذا لا يتناول فى العادة الا عند الحاجة اليه :

(فصل) قال أحمد ولا يغسل ثوبه بالصابون لان ذلك ليس بطعام ولا علف ويراد للتحسين والزينة فلا يكون فى معناهما ولو كان مع الغازى فهداً وكلب الصيد لم يكن له اطعامه من الغنيمة فان اطعمها غرم قيمة ما اطعمها لان هذا يراد للتفرج والزينة وليس مما يحتاج اليه فى الغزو بخلاف الدواب .

(فصل) ولا يجوز لبس الثياب ولا ركوب دابة من المغنم لما روى رويفع ابن ثابت الانصارى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فىء المسلمين حتى اذا اعجفها ردها فيه ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوبا من فىء المسلمين حتى اذا اخلقه رده فيه » رواه سعيد .

(فصل) ولا يجوز الانتفاع بجلودهم واتخاذ النعل والجرب منها ولا الخيوط والحبال ، وبهذا قال ابن محيريز ويحي بن ابى كثير واسماعيل بن عياش (١) والشافعى ورخص فى اتخاذ الجرب من جلود الغنم سليمان بن موسى ، ورخص مالك فى الابرة والحبل يتخذ من الشعر ، والنعل والخف يتخذ من جلود البقر .

---

(١) هو اسماعيل بن عياش الحمصى ابو عتبة العنسى روى عن شرحبيل بن مسلم الخولانى وغيره : قال يزيد بن هارون . ما رأيت شاميا ولا عراقيا أحفظ من اسماعيل بن عياش .

ولنا ما روى قيس بن أبي حازم : أن رجلا أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكنة من شعر من المغنم فقال : يا رسول الله ، إنا لنعمل الشعر فهبها لى ، قال « نصيبي منها لك » رواه سعيد .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أدوا الخيط والمخيط فإن الغلول نار وشنار يوم القيامة » ولأن ذلك من الغنيمة لا تدعو إلى أخذه حاجة عامة فلم يجز أخذه كالثياب .

(فصل) فأما كتبهم فإن كانت مما ينتفع به كـكتب الطب واللغة والشعر فهى غنيمة ، وان كانت مما لا ينتفع به كـكتاب التوراة والانجيل فأمكن الانتفاع بجلودها أو ورقها بعد غسله غسل وهو غنيمة وإلا فلا ولا يجوز بيعها .

(فصل) وان أخذوا من الكفار جوارح للصيد كالفهود والبزاة فهى غنيمة تقسم ، وان كانت كلاباً لم يجز بيعها وإن لم يردها أحد من الغانمين جاز إرسالها أو إعطاؤها غير الغانمين وان رغب فيها بعض الغانمين دون بعض دفعت اليه ولم تحسب عليه لأنها لا قيمة لها ، وان رغب فيها الجميع أو جماعة كثيرة فأمكن قسمها يكون عدداً من غير تقويم ، وان تعذر ذلك أو تنازعوا فى الجيد منها فطلبه كل واحد منهم أقرع بينهم فيها ، وان وجدوا خنازير قتلوها لأنها مؤذية ولا نفع فيها وان وجدوا خمراً أراقوه وان كان فى ظروفه نفع للمسلمين أخذوها ، وان لم يكن فيها نفع كسروها لئلا يعودوا الى استعمالها .

(فصل) وللغازى أن يعلف دوابه ويطعم رقيقه مما يجوز له الأكل منه سواء كانوا للقنية أو للتجارة ، قال أبو داود ، قلت لأبى عبد الله يشترى الرجل السبى فى بلاد الروم يطعمهم من طعام الروم ؟ قال نعم يطعمهم .

وروى عنه ابنه عبد الله قال سألت أبى عن الرجل يدخل بلاد الروم ومعه الجارية والدابة للتجارة إن أطعمهما يعنى الجارية وعلف الدابة ؟ قال لا يعجبنى ذلك فان لم تكن للتجارة فلم ير به بأسا فظاهر هذا أنه لا يجوز إطعام ما كان للتجارة لأنه ليس مما يستعين به على الغزو ، وقال الخلال رجع أحمد عن هذه الرواية وروى عنه جماعة بعد هذا أنه لا بأس به وذلك لأن الحاجة داعية اليه فأشبه ما لا يراد به التجارة .

« مسألة » قال ﴿ ويشارك الجيش سراياه فيما غنمت ويشاركونه فيما غنم ﴾

وجملته : أن الجيش إذا فصل غازيا فخرجت منه سرية أو أكثر فأيهما غنم شاركه الآخر فى قول عامة أهل العلم منهم مالك والثورى والأوزاعى والليث وحماد والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال النخعى إن شاء الإمام خمس ما تأتى به السرية وان شاء نفلهم إياه كلهم .

وقد روى « أن النبى صلى الله عليه وسلم لما غزا هوازن بعث سرية من الجيش قبل أوطاس فغنمت السرية فأشرك بينها وبين الجيش » .

قال ابن المنذر : وروينا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ويرد سراياهم على قعدهم » وفى تنفيل النبى صلى الله عليه وسلم فى البداءة الربع وفى الرجعة الثلث دليل على اشتراكهم فيما سوى ذلك لأنهم لو اختصوا بما غنموه لما كان ثلثه نفلا ولأنهم جيش واحد وكل واحد منهم رده لصاحبه فيشتركون كما لو غنم أحد جانبي الجيش ، وان أقام الامير ببلد الاسلام وبعث سرية أو جيشا فما غنمت السرية فهو لها وحدها لأنه انما يشترك المجاهدون ، والمقيم فى بلد الاسلام ليس بمجاهد وان نفذ من بلد الاسلام جيشين أو سريتين فكل واحدة تنفرد بما غنمته لأن كل واحدة منهما انفردت بالغزو فانفردت بالغنيمة بخلاف ما اذا فصل الجيش فدخل بجملته بلاد الكفار فان جميعهم اشتركوا فى الجهاد فاشتركوا فى الغنيمة .

« مسأله » قال ﴿ ومن فضل معه من الطعام فأدخله البلد طرحه فى مقسم تلك الغزاة فى احدى الروايتين ﴾

والأخرى : يباح له أكله اذا كان يسيراً ، أما الكثير فيجب رده بغير خلاف نعلمه لان ما كان مباحا له فى دار الحرب فاذا أخذه على وجه يفضل منه كثير الى دار الاسلام فقد أخذ مالا يحتاج اليه فيلزمه رده لان الاصل تحريمه لكونه مشتركا بين الغانمين كسائر المال وانما أبيح منه ما دعت الحاجة اليه فما زاد يبقى على أصل التحريم ، ولهذا لم يبح له بيعه وأما اليسير ففيه روايتان .

احداهما : يجب رده أيضا وهو اختيار أبي بكر ، وقول أبي حنيفة وابن المنذر

وأحد قولى الشافعى وأبى ثور لما ذكرنا فى الكثير، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أدوا الخيط والمخيط » ولأنه من الغنيمة ولم يقسم فلم يبح فى دار الاسلام كالكبير او كما لو أخذه فى دار الاسلام

والثانيه : يباح وهو قول مكحول وخالد بن معدان وعطاء الخراسانى ومالك والأوزاعى قال أحمد اهل الشام يتساهلون فى هذا وقد روى القاسم بن عبدالرحمن عن بعض اصحاب النبى صلى الله عليه وسلم قال « كنا نأكل الجزور فى الغزو ولا نقسمه حتى ان كنا لنرجع الى رحالنا واخرجتنا مملأة » رواه سعيد وابو داود وعن عبد الله بن يسار السلمى قال « دخلت على رجل من اصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فقدم الى تميرا (١) من تمير الروم فقلت لقد سبقت الناس بهذا قال ليس هذا من العام . هذا من العام الأول » رواه الأثرم فى سننه

وقال الأوزاعى أدركت الناس يقدمون بالقديد فيهديه بعضهم الى بعض لا ينكره إمام ولا عامل ولا جماعة وهذا نقل للاجماع ، ولانه ابيح امساكه عن القسمة فأبيح فى دار الاسلام كمباحات دار الحرب التى لا قيمة لها فيها ويفارق الكبير فإنه لا يجوز إمساكه عن القسمة ولان اليسير تجرى المسامحة فيه ونفعه قليل بخلاف الكثير .

« مسأله » قال (واذا اشترى المسلم أسيرا من ايدى العدو لزم الاسير ان يؤدى الى المشترى ما اشتراه)

لا يخلو هذا من حالين .

أحدهما . ان يشتريه بإذنه فهذا يلزمه ان يؤدى الى المشترى ما اداه فيه بغير خلاف نعلمه اذا وزن بإذنه لانه اذا أذن فيه كان نائبه فى شراء نفسه فكان الثمن على الآسر كالوكيل .

والثانى : ان يشتريه بغير اذنه فيلزم الاسير الثمن ايضا عند احمد ؛ وبه قال الحسن والنخعى والزهرى ومالك والاوزاعى .

وقال الثورى والشافعى وابن المنذر لا يلزمه لانه تبرع بما لا يلزمه ولم يأذن له

---

(١) التمير : نوع من القديد : وهو ان يقطع اللحم صغارا كالتمر ثم يجفف .

فيه فأشبه ما لو عمر داره ، وقال الليث : ان كان الأسير موسراً كقولنا وان كان معسراً ادى ذلك من بيت المال .

ولنا ما روى سعيد ثنا عثمان بن مطر ثنا ابو حريز عن الشعبي قال : أغار أهل ماه وأهل جلولاء على العرب فأصابو سبايا من سبايا العرب ، فكتب السائب بن الأقرع إلى عمر فى سبايا المسلمين ورقيقهم ومتاعهم قد اشتراه التجار من أهل ماه فكتب عمر : أيما رجل أصاب رقيقه ومتاعه بعينه فهو أحق به من غيره ، وإن أصابه فى أيدى التجار بعدما اقتسم فلا سبيل اليه ، وأيما حر اشتراه التجار فإنه يرد اليهم رءوس أموالهم ، فإن الحر لا يباع ولا يشترى فحكم للتجار برءوس أموالهم ، ولأن الاسير يجب عليه فداء نفسه ليتخلص منحكم الكفار ويخرج من تحت أيديهم ، فإذاناب عنه غيره فى ذلك وجب عليه قضاؤه كالو قضى الحاكم عنه حقا امتنع من أدائه

(فصل) فإن اختلفا فى قدر ما اشتراه به فالقول قول الاسير ، وهو قول الشافعى إذا أذن له . وقال الاوزاعى : القول قول المشترى لأنهما اختلفا فى فعله وهو أعلم بفعله .

ولنا أن الأسير منكر للزيادة والقول قول المنكر ، ولان الاصل براءة ذمته من هذه الزيادة فيترجح قوله بالاصل

« مسألة » قال (واذا سبى المشركون من يؤدى الينا الجزية ثم قدر عليهم ردوا الى ما كانوا عليه ولم يسترقوا ، وما أخذه العدو منهم من مال أو رقيق رد اليهم اذا علم به قبل أن يقسم ويفادى بهم بعد ان يفادى بالمسلمين)

وجملة ذلك ان أهل الحرب اذا استولوا على أهل ذمتنا فسبوهم وأخذوا أموالهم ثم قدر عليهم وجب ردهم الى ذمتهم ولم يجز استرقاقهم فى قول عامة أهل العلم ، منهم الشعبي ومالك والليث والاوزاعى والشافعى واسحاق ولا نعلم لهم مخالفا ، وذلك لان ذمتهم باقية ولم يوجد منهم مايوجب نقضها وحكم أموالهم حكم أموال المسلمين فى حرمتها .

قال على رضى الله عنه : انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم

كأموالنا ، فتى علم صاحبها قبل قسمها وجب ردها اليه ، وإن علم بعد القسمة فعلى الروايتين . إحداهما : لا حق له فيه . والثانية: هو له بثمنه لأن أموالهم معصومة كأموال المسلمين ، وأما فداؤهم فظاهر كلام الخرقى أنه يجب فداؤهم سواء كانوا فى معونتنا أو لم يكونوا . وهذا قول عمر بن عبد العزيز والليث ، لأننا التزمنا حفظهم بمعاهدتهم وأخذ جزيتهم فلزمنا القتال من ورائهم والقيام دونهم ، فإذا عجزنا عن ذلك وأمكننا تخليصهم لزمنا ذلك ، كمن يحرم عليه إتلاف شيء ، فإذا أتلفه غرمه .

وقال القاضي : إنما يجب فداؤهم اذا استعان بهم الامام فى قتاله فسبوا وجب عليه فداؤهم لأن أسرهم كان لمعنى من جهته ، وهو المنصوص عن احمد ، ومتى وجب فداؤهم فإنه يبدأ بفداء المسلمين قبلهم ، لأن حرمة المسلم أعظم والخوف عليه أشد وهو معرض لفتنته عن دين الحق بخلاف أهل الذمة

(فصل) ويجب فداء أسرى المسلمين اذا أمكن ، وبهذا قال عمر بن عبدالعزيز ومالك واسحاق ، ويروى عن ابن الزبير أنه سأل الحسن بن علي : على من فكاك الأسير؟ قال على الارض التى يقاتل عليها . وثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « أطعموا الجائع وعودوا المريض وفكوا العانى »

وروى سعيد باسناده عن حبان بن جبلة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ان على المسلمين فى فيئهم ان يفادوا أسيرهم ويؤدوا عن غارمهم » وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم « انه كتب كتابا بين المهاجرين والانصار أن يعقلوا معاقلهم وأن يفكوا عانيهم بالمعروف ، وفادى النبى صلى الله عليه وسلم رجلين من المسلمين بالرجل الذى أخذه من بنى عقيل ؛ وفادى بالمرأة التى استوهبها من سلمة بن الأكوع رجلين » .

« مسألة » قال (واذا حاز الامير المغانم ووكل من يحفظها لم يجز أن يؤكل منها الا أن تدعو الضرورة بأن لا يجدوا ما يأكلون)

وجملة ذلك أن المغانم اذا جمعت وفيها طعام أو علف لم يجز لأحد أخذه الا لضرورة لاننا انما أبحنا أخذه قبل جمعه لانه لم يثبت فيه ملك للمسلمين بعد فأشبه

المباحات من الحطب والحشيش ، فاذا حيزت المغانم ثبت ملك المسلمين فيها فخرجت عن حيز المباحات وصارت كسائر أملاكهم فلم يجز الاكل منها الا لضرورة وهو ان لا يجدوا ما يأكلونه فحينئذ يجوز لان حفظ نفوسهم ودوابهم أهم ، وسواء حيزت فى دار الحرب أو فى دار الاسلام

وقال القاضي : ما كانت فى دار الحرب جاز الاكل منها وان حيزت لان دار الحرب مظنة الحاجة لعسر نقل الميرة اليها بخلاف دار الاسلام ، وكلام الخرقى عام فى الموضعين والمعنى يقتضيه ، فان ما ثبت عليه أيدى المسلمين وتحقق ملكهم له لا ينبغى أن يؤخذ الا برضاهم كسائر أملاكهم . ولان حيازته فى دار الحرب تثبت الملك فيه بدليل جواز قسمته وثبوت أحكام الملك فيه بخلاف ما قبل الحيازة فان الملك لم يثبت فيه بعد

« مسألة » قال (ومن اشترى من المغنم فى بلاد الروم فغلب عليه العدو لم يكن عليه شيء من الثمن وان كان قد أخذ منه الثمن رد اليه)

وجملته أن الامير اذا باع من المغنم شيئا قبل قسمه لمصلحة صح بيعه فان عاد الكفار فغلبوا على المبيع فأخذوه من المشترى فى دار الحرب نظرنا فان كان لتفريط من المشترى مثل ان خرج به من المعسكر ونحو ذلك فضمانه عليه لان ذهابه حصل بتفريطه فكان من ضمانه كما لو أتلفه ، وان حصل بغير تفريط ففيه روايتان

احداهما ينفسخ البيع ويكون من ضمان أهل الغنيمه ، فان كان الثمن لم يؤخذ من المشترى سقط عنه ، وان كان أخذ منه رد اليه لان القبض لم يكمل لكون المال فى دار الحرب غير محرز وكونه على خطر من العدو ، فأشبه التمر المبيع على رءوس الشجر اذا تلف قبل الجذاذ .

والثانية : هو من ضمان المشترى وعليه ثمنه . وهذا أكثر الروايات عن احمد واختاره الخلال وأبو بكر صاحبه وهو مذهب الشافعي ، لانه مال مقبوض أبيح لمشتريه فكان ضمانه عليه كما لو أحرز الى دار الاسلام ، ولان أخذ العدو له تلف فلم يضمنه البائع كسائر أنواع التلف ، ولان نماءه للمشترى فكان ضمانه عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « الخراج بالضمان »

(فصل) وإذا قسمت الغنائم فى دار الحرب جاز لمن أخذ سهمه التصرف فيه بالبيع وغيره ، فإن باع بعضهم بعضا شيئا منها فغلب عليه العدو فى ضمان البائع له وجهـان بناء على الروايتين فى التى قبلها ، وان اشتراه مشتر من المشترى فـكذلك فإذا قلنا هو من ضمان البائع رجع البائع الثانى على البائع الأول بما رجع به عليه .

(فصـــل) قال أحمد فى الرجل يشترى الجارية من المغنم معها الحلى فى عنقها والثياب : يرد ذلك فى المغنم إلا شيئا تلبسه من قميص ومقنعة وإزار . وهذا قول حكيم بن حزام ومكحول ويزيد بن ابى مالك والمتوكل وإسحاق وابن المنذر ويشبه قول الشافعى ، واحتج اسحاق بقول النبى صلى الله عليه وسلم « من باع عبداً وله مال فماله للبائع »

وقال الشعبي يجعله فى بيت المـال ، وكان مالك يرخص فى اليسير كالقرطين وأشباههما ، ولا يرى ذلك فى الـكثير ، ويمكن أن يفصـــل القول فى هذا فيقال ما كان عليها ظاهراً مرئيا يشاهده البائع والمشترى كالقرط والخاتم والقلادة فهو للمشترى ، لأن الظاهر أن البائع إنما باعها بما عليها ، والمشـــترى اشتراها بذلك فيدخل فى البيع كثياب البذلة وحلية السيف ، وما خفى فلم يعلم به البائع رده لأن البيع وقع عليها بدونه فلم يدخل فى البيع كجارية أخرى .

(فصل) قال احمد : لا يجوز لأمير الجيش ان يشترى من مغنم المسلمين شيئا لأنه يحابى ، ولأن عمر رد ما اشتراه ابنه فى غزوة جلولا ، وقال انه يحابا احتج به أحمد ولأنه هو البائع أو وكيله فـكأنه يشترى من نفسه أو وكيل نفسـه . قال أبو داود . قيل لأبى عبد الله إذا قوّم أصحاب المغانم شيئا معروفا فقالوا فى جلود الماعز بكذا والخرفان بكذا يحتاج اليه يأخذه بتلك القيمة ولا يأتى المغانم ، فرخص فيه ، وذلك لأنه يشق الاستئذان فيه ، فسومح فيه كما سومح فى دخول الحمـــام وركوب سفينة الملاح من غير تقدير أجر .

« مسألة » قال (وإذا حورب العدو لم يحرقوا بالنار)

أما العدو اذا قدر عليه فلا يجوز تحريقه بالنار بغير خلاف نعلمه ، وقد كان أبو بكر رضى الله عنه يأمر بتحريق أهل الردة بالنار ، وفعل ذلك خالد بن الوليد

بأمره ، فأما اليوم فلا أعلم فيه بين الناس خلافا ، وقد روى حمزة الاسلمي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره على سرية قال : فخرجت فيها فقال : ان أخذتم فلانا فأحرقوه بالنار ، فوليت فناداني فرجعت فقال: إن أخذتم فلانا فاقتلوه ولا تحرقوه فإنه لا يعذب بالنار الا رب النار ، رواه أبو داود وسعيد ، وروى أحاديث سواه في هذا المعنى .

وروى البخاري وغيره عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو حديث حمزة ، فأما رميهم قبل أخذهم بالنار . فإن أمكن أخذهم بدونها لم يجز رميهم بها لانهم في معنى المقدور عليه ، وأما عند العجز عنهم بغيرها فجائز في قول أكثر أهل العلم وبه قال الثوري والاوزاعي والشافعي

وروى سعيد بإسناده عن صفوان بن عمرو وجرير بن عثمان أن جنادة بن أمية الازدي وعبد الله بن قيس الفزاري وغيرهما من ولاة البحرين ومن بعدهم كانوا يرمون العدو من الروم وغيرهم بالنار يحرقونهم هؤلاء لهؤلاء وهؤلاء لهؤلاء قال عبد الله بن قيس لم يزل أمر المسلمين على ذلك

(فصل) وكذلك الحكم في فتح البثوق عليهم ليغرقهم ان قدر عليهم بغيره لم يجز . اذا تضمن ذلك إتلاف النساء والذرية الذين يحرم إتلافهم قصداً ، وان لم يقدر عليهم الا به جاز كما يجوز البيات المتضمن لذلك ، ويجوز نصب المنجنيق عليهم ، وظاهر كلام احمد جوازه مع الحاجة وعدمها ، لان النبي صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على أهل الطائف ، وممن رأى ذلك الثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي . قال ابن المنذر : جاء الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نصب المنجنيق على أهل الطائف . وعن عمرو بن العاص أنه نصب المنجنيق على أهل الاسكندرية ، ولان القتال به معتاد فأشبه الرمي بالسهام .

(فصل) ويجوز تبييت الكفار وهو كبسهم ليلا وقتلهم وهم غارون . قال أحمد : لا بأس بالبيات وهل غزو الروم الا البيات ؟ قال ولا نعلم أحداً كره بيات العدو . وقرأ عليه سفيان عن الزهري عن عبد الله عن ابن عباس عن الصعب ابن جثامة قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يسأل عن الديار من المشركين نبيتهم فنصيب من نسائهم وذراريهم فقال « هم منهم » فقال اسناد جيد

فإن قيل : فقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قتل النساء والذرية قلنا هذا محمول على التعمد لقتلهم ، قال أحمد أما أن يتعمد قتلهم فلا : قال وحديث الصعب بعد نهيه عن قتل النساء لان نهيه عن قتل النساء حين بعث إلى ابن أبي الحقيق وعلى أن الجمع بينهما ممكن يحمل النهى على التعمد . والاباحة على ما عداه

(فصل) قال الاوزاعى إذا كان فى المطمورة العدو فعلمت أنك تقدر عليهم بغير النار فأحب الى أن يكف عن النار ، وان لم يمكن ذلك وأبوا أن يخرجوا فلا أرى بأساً وان كان معهم ذرية ، قد كان المسلمون يقاتلون بها ونحو ذلك قال سفيان وهشام ويدخن عليهم قال أحمد أهل الشام أعلم بهذا .

فصل

وان تترسوا فى الحرب بنسائهم وصبيانهم جاز رميهم ويقصد المقاتلة لأن النبى صلى الله عليه وسلم رماهم بالمنجنيق ومعهم النساء والصبيان ولان كف المسلمين عنهم يفضى الى تعطيل الجهاد لانهم متى علموا ذلك تترسوا بهم عند خوفهم فينقطع الجهاد وسواء كانت الحرب ملتحمة أو غير ملتحمة لأن النبى (ص) لم يكن يتحين بالرمى حال التحام الحرب .

(فصل) ولو وقفت امرأة فى صف الكفار أو على حصنهم فشتمت المسلمين أو تكشفت لهم جاز رميها قصداً لما روى سعيد حدثنا حماد بن زيد عن أيوب عن عكرمة قال: لما حاصر رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل الطائف أشرفت امرأة فكشفت عن قبلها فقال « ها دونكم فارموها » فرماها رجل من المسلمين فما أخطأ ذلك منها ويجوز النظر الى فرجها للحاجة الى رميها لان ذلك من ضرورة رميها ، وكذلك يجوز رميها اذا كانت تلتقط لهم السهام أو تسقيهم الماء أو تحرضهم على القتال لانها فى حكم المقاتل ، وهكذا الحكم فى الصبي والشيخ وسائر من منع من قتله منهم .

(فصل) وان تترسوا بمسلم ولم تدع حاجة الى رميهم لكون الحرب غير قائمة أو لامكان القدرة عليهم بدونه أو للأمن من شرهم لم يجز رميهم ، فإن رماهم فأصاب مسلما فعليه ضمانه ؛ وان دعت الحاجة الى رميهم للخوف على المسلمين

جاز رميهم لانها حال ضرورة ويقصد الكفار ، وان لم يخف على المسلمين لكن لم يقدر عليهم إلا بالرمى فقال الاوزاعى والليث لا يجوز رميهم لقول الله تعالى (ولولا رجال مؤمنون الآية .

قال الليث : ترك فتح حصن يقدر على فتحه أفضل من قتل مسلم بغير حق ، وقال الاوزاعى : كيف يرمون من لا يرونه ؟ إنما يرمون أطفال المسلمين ، وقال القاضى والشافعى يجوز رميهم إذا كانت الحرب قائمة لان تركه يفضى الى تعطيل الجهاد فعلى هذا إن قتل مسلما فعليه الكفارة وفى الدية على عاقلته روايتان .

احداهما : يجب لانه قتل مؤمنا خطأ فيدخل فى عموم قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله .

والثانية : لا دية له لانه قتل فى دار الحرب برمى مباح فيدخل فى عموم قوله تعالى (وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) ولم يذكر دية ، وقال أبو حنيفة : لا دية له ولا كفارة فيه لأنه رمى أبيح مع العلم بحقيقة الحال فلم يوجب شيئا كرمى من أبيح دمه .

ولنا : الآية المذكورة وأنه قتل معصوما بالايمان والقاتل من أهل الضمان فأشبه ما لو لم يتترس به .

« مسألة » قال (ولا يغرقوا النحل)

وجملته : أن تغريق النحل وتحريقه لا يجوز فى قول عامة أهل العلم منهم الاوزاعى والليث والشافعى وقيل لمالك أنحرق بيوت نحلهم ؟ قال أما النحل فلا ادرى ماهو ؟ ومقتضى مذهب أبى حنيفة اباحته لان فيه غيظا لهم واضعافا فأشبه قتل بهائمهم حال قتالهم .

ولنا ما روى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال ليزيد بن أبى سفيان وهو يوصيه حين بعثه أميراً على القتال بالشام ولا تحرقن نحلا ولا تغرقنه ، وروى عن ابن مسعود « أنه قدم عليه ابن أخيه من غزاة غزاها فقال لعلك حرقت حرثا قال نعم قال لعلك غرقت نحلا ؟ قال نعم قال لعلك قتلت صبيا ؟ قال نعم قال لكن غزوك كفافا » أخرجهما سعيد ونحو ذلك عن ثوبان .

وقد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النحلة ونهى أن يقتل شيء من الدواب صبراً ولانه افساد فيدخل فى عموم قوله تعالى (واذا تولى سعى فى الارض ليفسد فيها و يهلك الحرث والنسل والله لا يحب الفساد) ولأنه حيوان ذو روح فلم يجز قتله لغيظ المشركين كنسائهم وصبيانهم ، وأما أخذ العسل وأكله فمباح لانه من الطعام المباح .

« مسألة » قال ﴿ ولا يعقر شاة ولا دابة الا لأكل لا بد لهم منه ﴾

أما عقر دوابهم فى غير حال الحرب لمغايظتهم والافساد عليهم فلا يجوز سواء خفنا أخذهم لها أو لم نخف وبهذا قال الاوزاعى والليث والشافعى وأبو ثور وقال أبو حنيفة ومالك يجوز لان فيه غيظا لهم واضعافا لقوتهم فأشبه قتلها حال قتالهم . ولنا ، أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه قال فى وصيته ليزيد حين بعثه أميراً يا يزيد لاتقتل صبيا ولا امرأة ولاهرما ولا تخربن عامراً ولاتعقرن شجراً مثمراً ولا دابة عجماء ولا شاة الا لمأكلة ولا تحرقن نحلا ولا تغرقنه ولا تغلل ولا تجبن ، ولان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل شيء من الدواب صبرا ولانه حيوان ذو حرمة فأشبه النساء والصبيان .

وأما حال الحرب فيجوز فيها قتل المشركين كيف أمكن بخلاف حالهم اذا قدر عليهم ولهذا جاز قتل النساء والصبيان فى البيات وفى المطمورة اذا لم يتعمد قتلهم منفردين بخلاف حالة القدرة عليهم وقتل بهائمهم يتوصل به الى قتلهم وهزيمتهم وقد ذكرنا حديث المددى الذى عقر بالرومى فرسه ، وروى أن حنظلة بن الراهب عقر فرس أبى سفيان به يوم أحد فرمت به فخلصه ابن شعوب وليس فى هذا خلاف

فصل

فأما عقرها للأكل فإن كانت الحاجة داعية اليه ولا بد منه فمباح بغير خلاف لان الحاجة تبيح مال المعصوم فمال الكافر أولى ، وان لم تكن الحاجة داعية اليه نظرنا ، فإن كان الحيوان لا يراد الا للأكل كالدجاج والحمام وسائر الطير والصيد فحكمه حكم الطعام فى قول الجميع لانه لا يراد لغير الأكل وتقل قيمته فأشبه الطعام ، وان كان مما يحتاج اليه فى القتال كالخيل لم يبح ذبحه للأكل فى

قولهم جميعا ، وأن كان غير ذلك كالغنم والبقر لم يبح فى قول الخرقى ، وقال القاضى ظاهر كلام أحمد إباحته لان هذا الحيوان مثل الطعام فى باب الا كل والقوت فكان مثله فى إباحته .

واذا ذبح الحيوان أكل لحمه وليس له الانتفاع بجلده لانه إنما أبيح له ما يأكله دون غيره ، وقال عبد الرحمن بن معاذ بن جبل : كلوا لحم الشاة وردوا اهابها الى المغنم ، ولان هذا حيوان ماكول فأبيح أكله كالطير .

ووجه قول الخرقى ما روى سعيد ثنا أبو الاحوص عن سماك بن حرب عن ثعلبة بن الحكم قال : وأصبنا غنما للعدو فانتهبنا فنصبنا قدورنا فمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقدور وهى تغلى فأمر بها فأكفئت ثم قال لهم : ان النهبة لا تحل ، ولان هذه الحيوانات تكثر قيمتها وتشح أنفس الغانمين بها ويمكن حملها الى دار الاسلام بخلاف الطير والطعام لكن ان أذن الامير فيها جاز، لما روى عطية بن قيس قال كنا اذا خرجنا فى سرية فاصبنا غنما نادى منادى الامام ألا من أراد أن يتناول شيئاً من هذه الغنم فليتناول انا لا نستطيع سياقتها ، رواه سعيد وكذلك ان قسمها لما روى معاذ قال ، غزونا مع النبي صلى الله عليه وسلم خيبر فاصبنا غنما فقسم بيننا النبي صلى الله عليه وسلم طائفة وجعل بقيتها فى المغنم ، رواه أبو داود .

وقال سعيد حدثنا اسماعيل بن عياش عن عبد الله بن عبيد ان رجلا نحر جزوراً بارض الروم فلما بردت قال : يا أيها الناس خذوا من لحم هذه الجزور فقد أذنا لكم، فقال مكحول ياغسانى لا تاتينا من لحم هذه الجزور ؟ فقال الغسانى يا أبا عبد الله : أما ترى عليها من النهبي ؟ قال مكحول لا نهبي فى المأذون فيه .

فصل

ولم يفرق أصحابنا بين جميع البهائم فى هذه المسألة ويقوى عندى ان ما عجز المسلمون عن سياقته وأخذه ان كان مما يستعين به الكفار فى القتال كالخيل جاز عقره وإتلافه لانه مما يحرم إيصاله الى الكفار بالبيع فتركه لهم بغير عوض أولى بالتحريم وان كان مما يصلح للأكل فللمسلمين ذبحه والاكل منه مع الحاجة وعدمها وما عدا هذين القسمين لا يجوز إتلافه لانه مجرد إفساد واتلاف ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير ماكلة .

« مسألة » قال ﴿ ولا يقطع شجرهم ولا يحرق زرعهم الا أن يكونوا يفعلون ذلك فى بلادنا فيفعل ذلك بهم لينتهوا ﴾

وجملته : أن الشجر والزرع ينقسم ثلاثة أقسام .

أحدها : ما تدعو الحاجة الى إتلافه كالذى يقرب من حصونهم ويمنع من قتالهم أو يسترون به من المسلمين أو يحتاج الى قطعه لتوسعة طريق أو تمكن من قتال أو سد بثق أو إصلاح طريق أو ستارة منجنيق أو غيره أو يكونون يفعلون ذلك بنا فيفعل بهم ذلك لينتهوا فهذا يجوز بغير خلاف نعلمه .

الثانى : ما يتضرر المسلمون بقطعه لكونهم ينتفعون ببقائه لعلوفتهم أو يستظلون به أو يأكلون من ثمره أو تكون العادة لم تجر بذلك بيننا وبين عدونا فإذا فعلناه بهم فعلوه بنا فهذا يحرم لما فيه من الاضرار بالمسلمين .

الثالث : ما عدا هذين القسمين مما لا ضرر فيه بالمسلمين ولا نفع سوى غيظ الكفار والاضرار بهم ففيه روايتان .

إحداهما : لا يجوز لحديث أبى بكر ووصيته ، وقد روى نحو ذلك مرفوعا الى النبى صلى الله عليه وسلم ولأن فيه إتلافا محضا فلم يجز كعقر الحيوان وبهذا قال الأوزاعى والليث وأبو ثور .

والرواية الثانية : يجوز وبهذا قال مالك والشافعى وإسحاق وابن المنذر ، قال إسحاق التحريق سنة إذا كان أنكى فى العدو لقول الله تعالى (ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله وليخزى الفاسقين) .

وروى ابن عمر « أن رسول الله (ص) حرق نخل بنى النضير وقطع وهو البويرة فأنزل الله تعالى (ما قطعتم من لينة) ولها يقول حسان :

وهان على سراة بنى لؤى   حريق بالبويرة مستطير

متفق عليه ، وعن الزهرى قال فحدثنى أسامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال « أغر على أبناء صباحا وحرق » رواه أبو داود ، قيل لأبى مسهر أبنا قال نحن أعلم هى يبنا فلسطين والصحيح أنها أبناء كما جاءت الرواية وهى قرية

من أرض الكرك فى أطراف الشام فى الناحية التى قتل فيها أبوه ، فأما ببنا فهى من أرض فلسطين ولم يكن أسامة ليصل اليها ولا يأمره النبى صلى الله عليه وسلم بالاغارة عليها لبعدها والخطر بالمصير اليها لتوسطها فى البلاد وبعدها من طرف الشام فما كان النبى صلى الله عليه وسلم ليأمره بالتغرير بالمسلمين فكيف يحمل الخبر عليها مع مخالفة لفظ الرواية وفساد المعنى ؟

« مسألة » قال (ولا يتزوج فى أرض العدو إلا أن تغلب عليه الشهوة فيتزوج مسلمة ويعزل عنها ولا يتزوج منهم ومن اشترى منهم جارية لم يطأها فى الفرج وهو فى أرضهم)

يعنى والله أعلم من دخل أرض العدو بأمان ، فأما ان كان فى جيش المسلمين فمباح له أن يتزوج ، وقد روى عن سعيد بن أبى هلال ، أنه بلغه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زوج أبا بكر أسماء ابنة عميس وهم تحت الرايات أخرجه سعيد ولأن الكفار لا يد لهم عليه فأشبه من فى دار الإسلام .

وأما الأسير فظاهر كلام أحمد أنه لا يحل له التزوج ما دام أسيراً لأنه منعه من وطء إمرأته إذا أسرت معه مع صحة نكاحها ، وهذا قول الزهرى فإنه قال لا يحل للأسير أن يتزوج ما كان فى أيدى العدو . وكره الحسن أن يتزوج مادام فى ارض المشركين ، لأن الأسير إذا ولد له ولد كان رقيقا لهم ولا يأمن أن يطأ إمرأته غيره منهم ، وسئل أحمد عن أسير اشتريت معه امرأته أيطؤها ؟ فقال كيف يطؤها فلعل غيره منهم يطؤها .

قال الأثرم : قلت له ولعلها تعلق بولد فيكون معهم قال وهذا أيضاً ، وأما الذى يدخل اليهم بأمان كالتاجر ونحوه فهو الذى أراد الخرقى إن شاء الله تعالى فلا ينبغى له التزوج لانه لا يأمن أن تأتى امرأته بولد فيستولى عليه الكفار وربما نشأ بينهم فيصير على دينهم فإن غلبت عليه الشهوة أبيح له نكاح مسلمة لأنها حال ضرورة ويعزل عنها كيلا تأتى بولد ولا يتزوج منهم لان إمرأته إذا كانت منهم غلبته على ولدها فيتبعها على دينها .

وقال القاضى فى قول الخرقى : هذا نهى كراهة لا نهى تحريم لأن الله تعالى

قال (وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم) ولأن الاصل الحل فلا يحرم بالشك والتوهم وإنما كرهنا له التزوج منهم مخافة أن يغلبوا على ولده فيسترقوه ويعلموه الكفر ففي تزويجه تعريض لهذا الفساد العظيم وازدادت الكراهة إذا تزوج منهم لأن الظاهر أن إمرأته تغلبه على ولدها فتكفره كما أن حكم الإسلام تغليب الإسلام فيما إذا أسلم أحد الابوين أو تزوج المسلم ذمية واذا اشترى منهم جارية لم يطأها في الفرج في أرضهم مخافة أن يغلبوه على ولدها فيسترقوه ويكفروه

فصل فى الهجرة

وهي الخروج من دار الكفر الى دار الاسلام قال الله تعالى (إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيما كنتم ؟ قالوا كنا مستضعفين فى الأرض ، قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها) الايات .

وروى عن النبي (ص) أنه قال « أنا بريء من مسلم بين مشركين لا تراءا ناراهما » رواه أبو داود ، ومعناه لا يكون بموضع يرى نارهم ويرون ناره إذا أوقدت فى آي وأخبار سوى هذين كثير وحكم الهجره باق لا ينقطع الى يوم القيامة فى قول عامة اهل العلم ، وقال قوم قد انقطعت الهجرة لان النبي (ص) قال « لا هجرة بعد الفتح » وقال « قد انقطعت الهجرة ولكن جهاد ونية » .

وروى ان صفوان بن امية لما اسلم قيل له لا دين لمن لم يهاجر فأتى المدينة فقال له النبي (ص) « ما جاء بك ابا وهب ؟ » قال قيل إنه لا دين لمن لم يهاجر قال « ارجع ابا وهب الى اباطح مكة اقروا على مسا كنكم فقد انقطعت الهجرة ولكن جهاد ونية » روى ذلك كله سعيد .

ولنا ما روى معاوية قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا تنقطع الهجرة حتى تنقطع التوبة ولا تنقطع التوبة حتى تطلع الشمس من مغربها » رواه ابو داود ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا تنقطع الهجرة ما كان الجهاد » رواه سعيد وغيره مع إطلاق الايات والاخبار الدالة عليها وتحقق المعنى المقتضى لها فى كل زمان ، واما الاحاديث الاول فأراد بها لا هجرة بعد الفتح من بلد قد فتح وقوله لصفوان إن الهجرة قد انقطعت يعني من مكة لان الهجرة الخروج

من بلد الكفار فإذا فتح لم يبق بلد الكفار فلا تبقى منه هجرة ، وهكذا كل بلد فتح لا يبقى منه هجرة وانما الهجرة اليه . اذا ثبت هذا فالناس فى الهجرة على ثلاثة أضرب

أحدها : من تجب عليه وهو من يقدر عليها ولا يمكنه إظهار دينه ولا تمكنه إقامة واجبات دينه مع المقام بين الكفار فهذا تجب عليه الهجرة لقول الله تعالى (ان الذين توفاهم الملائكة ظالمى أنفسهم قالوا فيم كنتم ؟ قالوا كنا مستضعفين فى الأرض قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها ؟ فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيراً) وهذا وعيد شديد يدل على الوجوب ولأن القيام بواجب دينه واجب على من قدر عليه والهجرة من ضرورة الواجب وتتمته ومالا يتم الواجب إلا به فهو واجب .

الثانى : من لا هجرة عليه وهو من يعجز عنها إما لمرض أو إكراه على الإقامة أو ضعف من النساء والولدان وشبههم فهذا لا هجرة عليه لقول الله تعالى (إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا فأولئك عسى الله أن يعفو عنهم وكان الله عفواً غفوراً) ولا توصف باستحباب لانها غير مقدور عليها .

والثالث : من تستحب له ولا تجب عليه وهو من يقدر عليها لكنه يتمكن من إظهار دينه وإقامته فى دار الكفر فتستحب له ليتمكن من جهادهم وتكثير المسلمين ومعونتهم ويتخلص من تكثير الكفار ومخالطتهم ورؤية المنكر بينهم ولا تجب عليه لامكان إقامة واجب دينه بدون الهجرة وقد كان العباس عم النبى صلى الله عليه وسلم مقيما بمكة مع إسلامه .

وروينا أن نعيم النحام حين أراد أن يهاجر جاءه قومه بنو عدى فقالوا له أقم عندنا وأنت على دينك ونحن نمنعك ممن يريد أذاك واكفنا ما كنت تكفينا وكان يقوم بيتامى بنى عدى وأراملهم فتخلف عن الهجرة مدة ثم هاجر بعد فقال له النبى (ص) : قومك كانوا خيراً لك من قومى لى ، قومى أخرجونى وأرادوا قتلى وقومك حفظوك ومنعوك ، فقال يارسول الله بل قومك أخرجوك الى طاعة الله وجهاد عدوه وقومى ثبطونى عن الهجرة وطاعة الله أو نحو هذا القول .

« مسألة » قال (من دخل الى أرض العدو بأمان لم يخنهم فى مالهم ولم يعاملهم بالربا)

أما تحريم الربا فى دار الحرب فقد ذكرناه فى الربا مع أن قول الله تعالى (وحرم الربا) وسائر الآيات والأخبار الدالة على تحريم الربا عامة تتناول الربا فى كل مكان وزمان وأما خيانتهم فحرمة لانهم إنما أعطوه الامان مشروطا بتركه خيانتهم وأمنه اياهم من نفسه ، وان لم يكن ذلك مذكوراً فى اللفظ فهو معلوم فى المعنى ولذلك من جاءنا منهم بأمان فخاننا كان ناقضا لعهده .

فإذا ثبت هذا لم تحل له خيانتهم لانه غدر ولا يصلح فى ديننا الغدر ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « المسلمون عند شروطهم » فإن خانهم أو سرق منهم أو اقترض شيئا وجب عليه رد ما أخذ الى أربابه فإن جاء أربابه الى دار الإسلام بأمان أو ايمان رده عليهم والا بعث به اليهم لانه اخذه على وجه حرم عليه أخذه فلزمه رد ما أخذ كما لو أخذه من مال مسلم .

« مسألة » قال (ومن كان له مع المسلمين عهد فنقضوه حوربوا وقتل رجالهم ولم تسب ذراريهم ولم يسترقوا الا من ولد بعد نقضه)

وجملة ذلك : أن أهل الذمة اذا نقضوا العهد أو أخذ رجل الأمان لنفسه وذريته ثم نقض العهد فإنه يقتل رجالهم ولا تسبى ذراريهم الموجودون قبل النقض لان العهد شملهم جميعاً ودخلت فيهم الذرية والنقض انما وجد من رجالهم فتختص اباحة الدماء بهم ، ومن الممكن أن ينفرد الرجل بالعهد والامان دون ذريته وذريته دونه لجاز أن ينتقض العهد فيه دونهم ، والنقض انما وجد من الرجال البالغين دون الذرية فيجب أن يختص حكمه بهم .

قال أحمد : قالت امرأة علقمة لما ارتد ان كان علقمة ارتد فأنا لم أرتد ، وقال الحسن فيمن نقض العهد : ليس على الذرية شيء ، فأما من ولد فيهم بعد نقض العهد جاز استرقاقه لانه لم يثبت له أمان بحال وسواء فيما ذكرنا لحقوا بدار الحرب أو أقاموا بدار الاسلام ، فأما نساؤهم فمن لحقت منهن بدار الحرب طائعة

أو وافقت زوجها فى نقض العهد جاز سبيها لأنها بالغة عاقلة نقضت العهد فأشبهت الرجل ومن لم تنقض العهد لم ينتقض عهدها بنقض زوجها .

(فصل) فأما أهل الهدنة إذا نقضوا العهد حلت دماؤهم وأموالهم وسبى ذراريهم لأن النبى صلى الله عليه وسلم قتل رجال بنى قريظة وسبى ذراريهم وأخذ أموالهم حين نقضوا عهده ، ولما هادن قريشاً فنقضت عهده حل له منهم ما كان حرم عليه منهم ولأن الهدنة عهد موقت ينتهى بانقضاء مدته فيزول بنقضه وفسخه كعقد الاجارة بخلاف عقد الذمة .

(فصل) ومعنى الهدنة أن يعقد لأهل الحرب عقداً على ترك القتال مدة بعوض وبغير عوض وتسمى مهادنة وموادعة ومعاهدة وذلك جائز بدليل قول الله تعالى (براءة من الله ورسوله إلى الذين عاهدتم من المشركين) وقال سبحانه (وان جنحوا للسلم فاجنح لها) .

وروى مروان ومسور بن مخرمة أن النبى صلى الله عليه وسلم صالح سهيل بن عمرو بالحديبية على وضع القتال عشر سنين ، ولأنه قد يكون بالمسلمين ضعف فيهادنهم حتى يقوى المسلمون ، ولا يجوز ذلك إلا للنظر للمسلمين . إما أن يكون بهم ضعف عن قتالهم ، واما أن يطمع فى إسلامهم بهدنتهم أو فى أدائهم الجزية والتزامهم أحكام الملة أو غير ذلك من المصالح .

اذا ثبت هذا : فإنه لا تجوز المهادنه مطلقا من غير تقدير مدة لأنه يفضى الى ترك الجهاد بالكلية ، ولا يجوز أن يشترط نقضها لمن شاء منها لأنه يفضى الى ضد المقصود منها ، وان شرط الإمام لنفسه ذلك دونهم لم يجز أيضا ، ذكره أبو بكر لانه ينافى مقتضى العقد فلم يصح كما لو شرط ذلك فى البيع والنكاح .

وقال القاضى والشافعى . يصح لان النبى (ص) صالح أهل خيبر على أن يقرهم ما أقرهم الله تعالى ولا يصح هذا فانه عقد لازم فلا يجوز اشتراط نقضه كسائر العقود اللازمة ولم يكن بين النبى (ص) وبين أهل خيبر هدنة فانه فتحها عنوة وإنما ساقاهم وقال لهم ذلك وهذا يدل على جواز المساقاة وليس هذا بهدنة اتفاقا وقدوافقوا الجماعة فى أنه لو شرط فى عقد الهدنة أنى أقركم ما أقركم الله لم يصح فكيف يصح منهم الاحتجاج به مع اجماعهم مع غيرهم على أنه لا يجوز اشتراطه .

(فصل) ولا يجوز عقد المدنة إلا على مدة مقدرة معلومه لما ذكرنا ، وقال القاضى : وظاهر كلام أحمد أنها لاتجوز أكثر من عشر سنين وهو اختيار أبى بكر ومذهب الشافعى لان قوله تعالى (اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) عام خص منه مدة العشر لمصالحة النبى صلى الله عليه وسلم قريشا يوم الحديبية عشراً ففيما زاد يبقى على مقتضى العموم فعلى هذا إن زاد المدة على عشر بطل فى الزيادة ؛ وهل تبطل فى العشر على وجهين بناء على تفريق الصفقة .

وقال أبو الخطاب ظاهر كلام أحمد أنه يجوز على أكثر من عشر على ما يراه الامام من المصلحة وبهذا قال أبو حنيفة لأنه عقد يجوز فى العشر فجازت الزيادة عليها كعقد الإجارة والعام مخصوص فى العشر لمعنى موجود فيما زاد عليها وهو أن المصلحة قد تكون فى الصلح أكثر منها فى الحرب .

(فصل) وتجوز مهادنتهم على غير مال لان النبى صلى الله عليه وسلم هادنهم يوم الحديبية على غير مال ويجوز ذلك على مال يأخذه منهم فإنها إذا جازت على غير مال فعلى مال أولى ، وأما ان صالحهم على مال نبذله لهم فقد أطلق أحمد القول بالمنع منه وهو مذهب الشافعى لان فيه صغاراً للمسلمين وهذا محمول على غير حال الضرورة ، فأما ان دعت اليه ضرورة وهو أن يخاف على المسلمين الهلاك أو الاسر فيجوز لانه يجوز للأسير فداء نفسه بالمال فكذا ههنا ولان بذله المال ان كان فيه صغار فإنه يجوز تحمله لدفع صغار أعظم منه وهو القتل والأسر وسبى الذرية الذين يفضى سبيهم الى كفرهم .

وقد روى عبد الرزاق فى المغازى عن معمر عن الزهرى قال : أرسل النبى صلى الله عليه وسلم إلى عيينة بن حصن وهو مع أبى سفيان يعنى يوم الأحزاب أرأيت ان جعلت لك ثلث تمر الأنصار ، أترجع بمن معك من غطفان وتخذل بين الاحزاب ، فأرسل اليه عيينة ان جعلت لى الشطر فعلت .

قال معمر فحدثنى ابن أبى نجيح أن سعد بن معاذ وسعد بن عبادة قالا يا رسول الله : والله لقد كان يجر سرمه فى الجاهلية فى عام السنة حول المدينة ما يطيق أن يدخلها فالآن حين جاء الله بالاسلام نعطيهم ذلك فقال النبى (ص) « فنعم إذاً » ولولا أن ذلك جائز لما بذله النبى (ص) .

وروى أن الحارث بن عمرو الغطفانى بعث الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال « ان جعلت لى شطر ثمار المدينة والا ملأتها عليك خيلا ورجلا فقال له النبي صلى الله عليه وسلم حتى أشاور السعود يعنى سعد بن عبادة وسعد بن معاذ وسعد ابن زرارة فشاورهم النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يارسول الله ان كان هذا أمر من السماء فتسليم لامر الله تعالى وان كان برأيك وهواك اتبعنا رأيك وهواك ، وان لم يكن أمر من السماء ولا برأيك وهواك فوالله ما كنا نعطيهم فى الجاهلية بسرة ولا تمرة إلا شراء أو قرى فكيف وقد أعزنا الله بالإسلام ؟ فقال النبى صلى الله عليه وسلم لرسوله أتسمع ؟ فعرضه النبى (ص) ليعلم ضعفهم من قوتهم فلولا جوازه عند الضعف لما عرضه عليهم » .

(فصل) ولا يجوز عقد الهدنة ولا الذمة إلا من الامام أو نائبه لأنه عقد مع جملة الكفار وليس ذلك لغيره ولانه يتعلق بنظر الامام وما يراه من المصلحة على ما قدمناه ولأن تجويزه من غير الامام يتضمن تعطيل الجهاد بالكلية أو الى تلك الناحية وفيه افتيات على الامام فإن هادنهم غير الامام أو نائبه لم يصح .

وان دخل بعضهم دار الاسلام بهذا الصلح كان آمنا لانه دخل معتقداً للأمان ويرد الى دار الحرب ولا يقر فى دار الاسلام لان الامان لم يصح وان عقد الامام الهدنة ثم مات أو عزل لم ينتقض عهده وعلى من بعده الوفاء به لأن الامام عقده باجتهاده فلم يجز نقضه باجتهاد غيره كما لم يجز للحاكم نقض أحكام من قبله باجتهاده وإذا عقد الهدنة لزمه الوفاء بها لقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) وقال تعالى (فأتموا اليهم عهدهم الى مدتهم) ولانه لو لم يف بها لم يسكن الى عقده وقد يحتاج الى عقدها فإن نقضوا العهد جاز قتالهم لقول الله تعالى (وان نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم وطعنوا فى دينكم فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا أيمان لهم لعلهم ينتهون) وقال تعالى (فما استقاموا لكم فاستقيموا لهم) .

ولما نقضت قريش عهد النبي صلى الله عليه وسلم خرج اليهم فقاتلهم وفتح مكة وإن نقض بعضهم دون بعض فسكت باقيهم عن الناقض ولم يوجد منهم انكار ولا مراسلة الامام ولا تبرؤ فالكل ناقضون لان النبي صلى الله عليه وسلم لما هادن

قريشا دخلت خزاعة مع النبي صلى الله عليه وسلم وبنو بكر مع قريش فعدت بنو بكر على خزاعة وأعانهم بعض قريش وسكت الباقون فكان ذلك نقض عهدهم وسار اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقاتلهم ولأن سكوتهم يدل على رضاهم كما أن عقد الهدنة مع بعضهم يدخل فيه جميعهم لدلالة سكوتهم على رضاهم كذلك فى النقض .

وان أنكر من لم ينقض على الناقض بقول أو فعل ظاهراً أو اعتزال أو راسل الامام بأنى منكر لما فعله الناقض مقيم على العهد لم ينتقض فى حقه ويأمره الامام بالتميز ليأخذ الناقض وحده فإن امتنع من التميز أو إسلام الناقض صار ناقضا لأنه منع من أخذ الناقض فصار بمنزلته وان لم يمكنه التميز لم ينتقض عهده لأنه كالأسير فإن أسر الامام منهم قوما فادعى الأسير أنه لم ينقض وأشكل ذلك عليه قبل قول الأسير لأنه لا يتوصل الى ذلك إلا من قبله .

(فصل) وان خاف نقض العهد منهم جاز أن ينبذ اليهم عهدهم لقول الله تعالى (واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء) يعنى أعلمهم بنقض عهدهم حتى تصير أنت وهم سواء فى العلم ولا يكفى وقوع ذلك فى قبوله حتى يكون عن أمارة تدل على ما خافه ولا يجوز أن يبدأهم بقتال ولا غارة قبل إعلامهم بنقض العهد للآية ولأنهم آمنون منه بحكم العهد فلا يجوز قتلهم ولا أخذ مالهم .

فإن قيل : فقد قلتم ان الذمى إذا خيف منه الخيانة لم ينتقض عهده . قلنا : عقد الذمة آكد لأنه يجب على الامام إجابتهم اليه وهو نوع معاوضة وعقد مؤبد بخلاف الهدنه والأمان ولهذا لو نقض بعض أهل الذمة لم ينتقض عهد الباقين بخلاف الهدنة ولأن أهل الذمة فى قبضة الامام وتحت ولايته فلا يخشى الضرر كثيراً من نقضهم بخلاف أهل الهدنة فإنه يخاف منهم الغارة على المسلمين والضرر الكثير بأخذهم للمسلمين .

(فصل) وإذا عقد الهدنة فعليه حمايتهم من المسلمين وأهل الذمة لأنه آمنهم ممن هو فى قبضته وتحت يده كما أمن من فى قبضته منهم ومن أتلف من المسلمين أو من أهل الذمة عليهم شيئا فعليه ضمانه ولا تلزمه حمايتهم من أهل الحرب ولا حماية بعضهم من بعض لأن الهدنة التزام الكف عنهم فقط فإن أغار عليهم قوم آخرون

فسبوهم لم يلزمه استنقاذهم وليس للمسلمين شراؤهم لأنهم فى عهدهم فلا يجوز لهم أذاهم ولا استرقاقهم ، وذكر الشافعى ما يدل على هذا .

ويحتمل جواز ذلك ، وهو مذهب أبى حنيفه لأنه لا يجب أن يدفع عنهم ولا يحرم استرقاقهم بخلاف أهل الذمة فعلى هذا ان استولى المسلمون على الذين أسروهم وأخذوا أموالهم فاستنقذوا ذلك منهم لم يلزم رده اليهم على هذا القول ومقتضى القول الأول وجوب رده كما ترد أموال أهل الذمة اليهم .

(فصـــل) واذا عقد الهدنة مطلقا فجاءنا منهم انسان مسلما أو بأمان لم يجب رده اليهم ولم يجز ذلك سواء كان حراً أو عبداً أو رجلا أو امرأة ولا يجب رد مهر المرأة ، وقال أصحاب الشافعى : ان خرج العبد الينا قبل اسلامه ثم أسلم لم يرد اليهم ، وإن أسلم قبل خروجه ثم خرج الينا لم يصر حراً لأنهم فى أمان منا والهدنة تمنع من جواز القهر .

وقال الشافعى فى قول له : اذا جاءت امرأة له مسلمة وجب رد مهرها لقول الله تعالى (وآتوهم ما أنفقوا) يعنى رد مهرها الى زوجها اذا جاء يطلبها وان جاء غيره لم يرد اليه شيء

ولنا أنه من غير أهل دار الاسلام خرج الينا فلم يجب رده ولا رد شيء بدلا عنه كالحر من الرجال وكالعبد اذا خرج ثم أسلم . قولهم انه فى أمان منا قلنا انما أمناهم ممن هو فى دار الاسلام الذين هم فى قبضة الامام ، فأما من هو فى دارهم ومن ليس فى قبضته فلا يمنع منه بدليل ما لو خرج العبد قبل أسلامه ولهذا لما قتل أبو بصير الرجل الذى جاء لرده لم ينكره النبى صلى الله عليه وسلم ولم يضمنه ولما انفرد هو وأبو جندل وأصحابهما عن النبى صلى الله عليه وسلم فى صلح الحديبية فقطعوا الطريق عليهم وقتلوا من قتلوا منهم وأخذوا المـــال لم ينكر ذلك النبى صلى الله عليه وسلم ولم يأمرهم برد ما أخذوه ولا غرامة ما اتلفوه، وهذا الذى أسلم كان فى دارهم وقبضتهم وقهرهم على نفسه فصار حراً كما لو اسلم بعد خروجه ، واما المرأة فلا يجب رد مهرها لأنها لم تأخذ منه شيئا ولو اخذته كانت قد قهرتهم عليه فى دار القهر ولو وجب عليها عوضه لوجب مهر المثل دون المسمى ، والآية قال قتادة تبيح رد المهر .

وقال عطاء والزهرى والثورى لا يعمل بها اليوم وعلى أن الآية إنما نزلت فى قصية الحديبية حين كان النبي صلى الله عليه وسلم شرط لهم رد من جاءه مسلما فلما منع الله رد النساء أمر برد مهورهن وكلامنا فيما إذا وقع الصلح مطلقا فليس هو فى معنى ما تناوله الأمر وان وقع الكلام فيما إذا شرط رد النساء لم يصح أيضاً لأن الشرط الذى كان النبي صلى الله عليه وسلم شرطه كان صحيحاً وقد نسخ فإذا شرط الآن كان باطلا فلا يجوز قياسه على الصحيح ولا إلحاقه به .

﴿ فصـــل ﴾

والشروط فى عقد الهدنة تنقسم قسمين . صحيح : مثل أن يشترط عليهم مالا أو معونة المسلمين عند حاجتهم اليهم أو يشترط لهم أن يرد من جاءه من الرجال مسلما أو بأمان فهذا يصح ، وقال أصحاب الشافعى : لا يصح شرط رد المسلم إلا أن يكون له عشيرة تحميه وتمنعه .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسـلم شرط ذلك فى صلح الحديبية ووفى لهم به فرد أبا جندل وأبا بصير ولم يخص بالشرط ذا العشيرة ولأن ذا العشيرة إذا كانت عشيرته هى التى تفتنه وتؤذيه فهو كمن لا عشيرة له لكن لا يجوز هذا الشرط الا عند شدة الحاجة اليه وتعين المصلحة فيه ، ومتى شرط لهم ذلك لزم الوفاء به بمعنى أنهم إذا جاءوا فى طلبه لم يمنعهم أخذه ولا يجبره الإمام على المضى معهم وله أن يأمره سرا بالهرب منهم ومقاتلتهم فإن أبابصير لما جاء النبي صلى الله عليه وسلم وجاء الكفار فى طلبه قال له النبي صلى الله عليه وسلم « إنا لا يصلح فى ديننا الغدر وقد علمت ما عاهدناهم عليه ولعل الله أن يجعل لك فرجا ومخرجا » فلما رجع مع الرجلين قتل أحدهما فى طريقه ثم رجع الى النبي صلى الله عليه وسـلم فقال يا رسول الله قد أوفى الله ذمتك قد رددتنى اليهم فأنجانى الله منهم فلم ينكر عليه النبى صلى الله عليه وسـلم ولم يلمه بل قال « ويل أمه مسعر حرب لو كان معه رجال » فلما سمع ذلك أبو بصير لحق بساحل البحر وانحاز اليه أبو جندل بن سهيل ومن معه من المستضعفين بمكة فجعلوا لا تمر عليهم عير لقريش إلا عرضوا لها فأخذوها وقتلوا من معها فأرسلت قريش إلى النبي صلى الله عليه وسلم

تناشده الله والرحم أن يضمهم إليه ولا يرد إليهم أحداً جاءه ففعل فيجوز حينئذ لمن أسلم من الكفار أن يتحيزوا ناحية ويقتلون من قدروا عليه من الكفار ويأخذون أموالهم ولا يدخلون فى الصلح ، وإن ضمهم الإمام اليه بإذن الكفار دخلوا فى الصلح وحرم عليهم قتل الكفار وأموالهم .

وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه لما جاء أبو جندل الى النبي صلى الله عليه وسلم هارباً من الكفار يرسف فى قيوده قام اليه أبوه فلطمه وجعل يرده ، قال عمر فقمت إلى جانب أبي جندل فقلت إنهم الكفار وإنما دم أحدهم دم كلب وجعلت أدنى منه قائم السيف لعله أن يأخذه فيضرب به أباه ؛ قال فضن الرجل بأبيه .

الثانى : شرط فاسد مثل أن يشترط رد النساء أو مهورهن أو رد سلاحهم أو إعطائهم شيئا من سلاحنا أو من آلات الحرب أو يشترط لهم مالا فى موضع لا يجوز بذله ، أو يشترط نقضها متى شاءوا أو أن لكل طائفة منهم نقضها ، أو يشترط رد الصبيان أو رد الرجال مع عدم الحاجة اليه ، فهذه كلها شروط فاسدة لا يجوز الوفاء بها ، وهل يفسد العقد بها ؟ على وجهين بناء على الشروط الفاسدة فى البيع إلا فيما إذا شرط أن لكل واحد منهم نقضها متى شاء فينبغى أن لا تصح وجهاً واحداً لأن طائفة الكفار يبنون على هذا الشرط فلا يحصل الأمن منهم ولا أمنهم منا فيفوت معنى الهدنة ، وإنما لم يصح شرط رد النساء لقول الله تعالى (إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات — الى قوله — فلا ترجعوهن الى الكفار) وقال النبى صلى الله عليه وسلم « ان الله منع الصلح فى النساء » وتفارق المرأة الرجل من ثلاثة أوجه .

أحدها : أنها لا تأمن من أن تزوج كافراً يستحلها أو يكرهها من ينالها واليه أشار الله تعالى بقوله (لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن)

الثانى : أنها ربما فتنت عن دينها لأنها أضعف قلبا وأقل معرفة من الرجل .

الثالث : أن المرأة لا يمكنها فى العادة الهرب والتخلص بخلاف الرجل ، ولا يجوز رد الصبيان العقلاء اذا جاءوا مسلمين لأنهم بمنزلة المرأة فى الضعف فى العقل

والمعرفة والعجز عن التخلص والهرب ، فأما الطفل الذى لا يصح اسلامه فيجوز رده لأنه ليس بمسلم :

(فصـــل) واذا طلبت امرأة أو صبية مسلمة الخروج من عند الكفار جاز لكل مسلم اخراجها لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما خرج من مكة وقفت ابنة حمزة على الطريق فلما مر بها على قالت : يابن عم الى من تدعنى ؟ فتناولها فدفعها الى فاطمة حتى قدم بها المدينة .

« مسألة » قال (واذا استأجر الأمير قوماً يغزون مع المسلمين لمنافعهم لم يسهم لهم وأعطوا ما استؤجروا به)

نص أحمد على هذا فى رواية جماعة ، فقال فى رواية عبد الله وحنبل فى الامام يستأجر قوماً يدخل بهم بلاد العدو لا يسهم لهم ويوفى لهم بما استؤجروا عليه ، وقال القاضى : هذا محمول على استئجار من لا يجب عليه الجهاد كالعبيد والكفار :

أما الرجال المسلمون الأحرار فلا يصح استئجارهم على الجهاد : لأن الغزو يتعين بحضوره على من كان من أهله فإذا تعين عليه الفرض لم يجز أن يفعله عن غيره كمن عليه حجة الاسلام لا يجوز ان يحج عن غيره ، وهذا مذهب الشافعى ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد والخرقى على ظاهره فى صحة الاستئجار على الغزو لمن يتعين عليه لما روى أبو داود باسناده عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « للغازى أجره وللجاعل أجره »

وروى سعيد بن منصور عن جبير بن نفير قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « مثل الذين يغزون من أمتى ويأخذون الجعل ويتقوون به على عدوهم مثل أم موسى ترضع ولدها وتأخذ أجرها » ولانه أمر لا يختص فاعله أن يكون من أهل القربة فصح الاستئجار عليه كبناء المساجد أو لم يتعين عليه الجهاد فصح أن يؤجر نفسه عليه كالعبد ، ويفارق الحج حيث انه ليس بفرض عين وأن الحاجه داعية اليه ، وفى المنع من أخذ الجعل عليه تعطيل له ومنع له مما فيه للمسلمين نفع وبهم اليه حاجة فينبغى أن يجوز بخلاف الحج

اذا ثبت هذا فإن قلنا بالأول فالاجاره فاسدة وعليه الأجرة يردها وله سهمه لأن غزوه بغير أجرة ، وان قلنا بصحته فظاهر كلام أحمد والخرقي رحمهما الله أنه لاسهم له لان غزوه بعوض فكأنه واقع من غيره فلا يستحق شيئا .

وقد روى أبو داود بإسناده عن يعلى بن منبه قال : أذن رسول الله صلى الله عليه وسلم بالغزو وأنا شيخ كبير ليس لى خادم ، فالتمست أجيراً يكفيني وأجرى له سهمه فوجدت رجلا فلما دنا الرحيل قال ما أدرى ما السهمان وما يبلغ سهمى ؟ فسم لى شيئا كان السهم أو لم يكن ، فسميت له ثلاثة دنانير ، فلما حضرت غنيمة أردت أن أجرى له سهمه فذكرت الدنانير فجئت الى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له أمره فقال « ما أجد له فى غزوته هذه فى الدنيا والآخرة إلا دنانيره التى سمى » ويحتمل أن يسهم له وهو اختيار الخلال

قال : روى جماعة عن أحمد أن للأجير السهم إذا قاتل ، وروى عنه جماعة أن كل من شهد القتال فله السهم · قال وهذا الذى اعتمد عليه من قول أبي عبد الله .

ووجه ذلك ما تقدم من حديث عبد الله بن عمر وحديث جبير بن نفير ، وقول عمر الغنيمة لمن شهد الوقعة ولأنه حاضر للوقعة من أهل القتال فيسهم له كغير الأجير

فأما الذين يعطون من حقهم من الفيء فلهم سهامهم ، لان ذلك حق جعله الله لهم ليغزو لا أنه عوض عن جهاده ، بل نفع جهاده له لا لغيره ، وكذلك من يعطون من الصدقات وهم الذين إذا نشطوا للغزو أعطوا فإنهم يعطون معونة لهم لا عوضا ، ولذلك إذا دفع الى الغزاة ما يتقوون به ويستعينون به كان له فيه الثواب ولم يكن عوضا ، قال النبي صلى الله عليه وسلم « من جهز غازيا كان له مثل أجره » .

(فصل) فأما الاجير للخدمة فى الغزو أو الذى يكرى دابة له ويخرج معها ويشهد الوقعة فعن أحمد فيه روايتان .

إحداهما : لا سهم له وهو قول الاوزاعي واسحاق قالا : المستأجر على خدمة القوم لا سهم له ، ووجهه حديث يعلى بن منبه .

والثانية : يسهم لهما اذا شهدا القتال مع الناس ، وهو قول مالك وابن المنذر وبه قال الليث اذا قاتل ، وان اشتغل بالخدمة فلا سهم له . واحتج ابن المنذر

بحديث سلمة بن الأكوع أنه كان أجيراً لطلحة حين أدرك عبد الرحمن بن عيينة حين أغار على سرح رسول الله صلى الله عليه وسلم فأعطاه النبي صلى الله عليه وسلم سهم الفارس والراجل .

وقال القاضي : يسهم له إذا كان مع المجاهدين وقصده الجهاد ، فأما لغير ذلك فلا . وقال الثوري يسهم له إذا قاتل ويرفع عمن استأجره نفقة ما اشتغل عنه .

(فصل) فأما التاجر والصانع كالخياط والخباز والبيطار والحداد والاسكاف فقال أحمد : يسهم لهم اذا حضروا . قال أصحابنا قاتلوا أو لم يقاتلوا ، وبه قال في التاجر الحسن وابن سيرين والثوري والأوزاعي والشافعي . وقال مالك وأبو حنيفة لا يسهم لهم إلا أن يقاتلوا ، وعن الشافعي كقولنا ، وعنه لا يسهم له بحال .

قال القاضي في التاجر والأجير : إذا كانا مع المجاهدين وقصدهما الجهاد وانما معه المتاع ان طلب منه باعه والأجير قصده الجهاد أيضا . فهذان يسهم لهما لأنهما غازيان والصناع بمنزلة التجار متى كانوا مستعدين للقتال ومعهم السلاح فمتى عرض اشتغلوا به أسهم لهم ، لأنهم في الجهاد بمنزلة غيرهم ، وانما يشتغلون بغيره عند فراغهم منه .

(فصل) إذا دخل قوم لا منعة لهم دار الحرب بغير اذن الامام فغنموا ، فعن أحمد فيه ثلاث روايات .

احداهن ان غنيمتهم كغنيمة غيرهم يخمسه الامام ويقسم باقيه بينهم ، وهذا قول أكثر أهل العلم منهم الشافعي لعموم قوله سبحانه (واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه) الآية ، والقياس على ما اذا دخلوا باذن الامام

والثانية هو لهم من غير أن يخمس ، وهو قول أبي حنيفة لأنه اكتساب مباح من غير جهاد فكان لهم أشبه الاحتطاب ، فإن الجهاد انما يكون باذن الامام أو من طائفة لهم منعة وقوة ، فأما هذا فتلصص وسرقة ومجرد اكتساب .

والثالثة : أنه لا حق لهم فيه . قال أحمد في عبد أبق الى الروم ثم رجع ومعه متاع ، فالعبد لمولاه وما معه من المتاع والمال فهو للمسلمين لأنهم عصاة بفعلهم فلم يكن لهم فيه حق والأولى أولى . قال الأوزاعي « لما أقفل عمر بن عبد العزيز الجيش الذي كان مع مسلمة كسر مركب بعضهم ؛ فأخذ المشركون ناسا من القبط

فكانوا خدماً لهم ، فخرجوا يوماً الى عيد لهم وخلفوا القبط فى مركبهم وشرب الآخرون ورفع القبط القلع وفى المركب متاع الآخرين وسلاحهم فلم يضعوا قلعهم حتى أتوا بيروت ، فكتب فى ذلك الى عمر بن عبد العزيز ، فكتب عمر نفلوهم القلع وكل شيء جاءوا به الا الخمس، رواه سعيد والأثرم ، وان كانت الطائفة ذات منعة غزوا بغير اذن الامام ففيه روايتان :

احداهما لا شيء لهم وهو فيء للمسلمين ، والثانية يخمس والباقى لهم وهذا أصح ووجه الروايتين ما تقدم ويخرج فيه وجه كالرواية الثالثة ، وهو أن الجميع لهم من غير خمس لكونه اكتساب مباح من غير جهاد

« مسألة » قال (ومن غل من الغنيمة حرق رحله كله الا المصحف ، وما فيه روح)»

الغال : هو الذى يكتم ما يأخذه من الغنيمة فلا يطلع الامام عليه ولا يضعه مع الغنيمة ، فحكمه ان يحرق رحله كله ، وبهذا قال الحسن وفقهاء الشام ، منهم مكحول والاوزاعى والوليد بن هشام ويزيد بن يزيد بن جابر ، وأتى سعيد بن عبد الملك بغالّ فجمع ماله وأحرقه وعمر بن عبدالعزيز حاضر ذلك فلم يعبه ، وقال يزيد بن يزيد بن جابر « السنة فى الذى يغل أن يحرق رحله » رواهما سعيد فى سننه وقال مالك والليث والشافعى وأصحاب الرأى: لايحرق لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يحرق ، فإن عبد الله بن عمر روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا أصاب غنيمة أمر بلالا فنادى فى الناس فيجيئون بغنائمهم فيخمسه ويقسمه . فجاء رجل بعد ذلك بزمام من شعر فقال يا رسول الله هذا فيما كنا أصبنا من الغنيمة فقال « سمعت بلالا نادى ثلاثا » قال نعم ، قال « فما منعك أن تجيء به » فاعتذر فقال « كن أنت تجيء به يوم القيامة فلن أقبله منك » أخرجه أبو داود ، ولان احراق المتاع اضاعة له وقد نهى النبي (ص) عن اضاعة المال .

ولنا ما روى صالح بن محمد بن زرارة قال : دخلت مع مسلمة أرض الروم فأتى برجل قد غل فسأل سالما عنه فقال : سمعت أبي يحدث عن عمر بن الخطاب

رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا وجدتم الرجل قد غل فاحرقوا متاعه واضربوه ، قال فوجدنا فى متاعه مصحفاً فسأل سالما عنه فقال : بعه وتصدق بثمنه » أخرجه سعيد وأبو داود والأثرم

وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر أحرقوا متاع الغال . فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه ، فإن الرجل لم يعترف أنه أخذ ماأخذه على سبيل الغلول ولا أخذه لنفسه وإنما توانا فى المجىء به وليس الخلاف فيه ، ولأن الرجل جاء به من عند نفسه تائبا معتذرا ، والتوبة تجبُّ ماقبلها وتمحو الحوبة .

وأما النهى عن إضاعة المال فإنما نهى عنه إذا لم تكن فيه مصلحة ، فأما إذا كان فيه مصلحة فلا بأس به ولا يعد تضييعا ، كإلقاء المتاع فى البحر اذا خيف الغرق وقطع يد العبد السارق مع أن المال لا تكاد المصلحة تحصل به إلا بذهابه فأكله اتلافه وانفاقه اذهابه ، ولا يعد شيء من ذلك تضييعا ولا افسادا ولا ينهى عنه .

وأما المصحف فلا يحرق لحرمته ولما تقدم من قول سالم فيه والحيوان لا يحرق لنهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يعذب بالنار الا ربها ولحرمة الحيوان فى نفسه ولأنه لا يدخل فى اسم المتاع المأمور بإحراقه ، وهذا لا خلاف فيه ولا تحرق آلة الدابة أيضا نص عليه أحمد لانه يحتاج اليها للانتفاع بها ولأنها تابعة لما لا يحرق فأشبه جلد المصحف وكيسه ، وقال الأوزاعى يحرق سرجه واكافه .

ولنا أنه ملبوس حيوان فلا يحرق كثياب الغال ، ولا تحرق ثياب الغال التى عليه لأنه لا يجوز تركه عريانا ولا ما غل لأنه من غنيمة المسلمين ، قيل لأحمد : فالذى أصاب فى الغلول أى شيء يصنع به ؟ قال يرفع الى المغنم ، كذلك قال الاوزاعى ولا سلاحه لانه يحتاج اليه للقتال ولا نفقته لان ذلك مما لا يحرق عادة وجميع ذلك أو ما أبقت النار من حديد أو غيره فهو لصاحبه لان ملكه كان ثابتا عليه ولم يوجد ما يزيله ، وانما عوقب بإحراق متاعه فما لم يحترق يبقى على ما كان ، ويحتمل ان يباع المصحف ويتصدق به لقول سالم فيه ، وان كان معه شيء من

كتب الحديث أو العلم فينبغي أن لا تحرق أيضا لأن نفع ذلك يعود الى الدين ، وليس المقصود الاضرار به فى دينه وإنما القصد الاضرار به فى شيء من دنياه .

(فصل) وان لم يحرق رحله حتى استحدث متاعا آخر أو رجع الى بلده أحرق ما كان معه حال الغلول نص عليه أحمد في الذي يرجع الى بلده ، قال ينبغي أن يحرق ما كان معه فى أرض العدو ، وان مات قبل إحراق رحله لم يحرق نص عليه أحمد لأنها عقوبة فتسقط بالموت كالحدود ولأنه بالموت انتقل الى ورثته فإحراقه عقوبة لغير الجاني .

وان باع متاعه أو وهبه احتمل أن لا يحرق لانه صار لغيره أشبه مالو انتقل عنه بالموت ، واحتمل أن ينقض البيع والهبة ويحرق لأنه تعلق به حق سابق على البيع والهبة فوجب تقديمه كالقصاص فى حق الجاني .

(فصل) وان كان الغال صبيا لم يحرق متاعه ، وبه قال الأوزاعي لان الاحراق عقوبة وليس هو من أهلها فأشبه الحد ، وان كان عبداً لم يحرق متاعه لأنه لسيده فلا يعاقب سيده بجناية عبده ، وان استهلك ما غله فهو فى رقبته لأنه من جنايته ، وإن غلت إمرأة أو ذمي أحرق متاعهما لأنهما من أهل العقوبة ، ولذلك يقطعان فى السرقة ويحدان فى الزنا وغـيره ، وان أنكر الغلول وذكر أنه ابتاع ما بيده لم يحرق متاعه حتى يثبت غلوله ببينة أو إقرار لانه عقوبة به فلا يجب قبل ثبوته بذلك كالحد ولا يقبل فى بينته الا عدلان لذلك .

(فصل) ولا يحرم الغال سهمه ، وقال أبو بكر فى ذلك روايتان . إحداهما : يحرم سهمه لانه قد جاء فى الحديث يحرم سهمه فإن صح فالحكم له ، وقال الاوزاعي فى الصبي يغل يحرم سهمه ولا يحرق متاعه .

ولنا أن سبب الاستحقاق موجود فيستحق كما لو لم يغل ولم يثبت حرمان سهمه فى خبر ولا قياس فيبقى بحاله ولا يحرق سهمه لانه ليس من رحله .

(فصل) إذا تاب الغال قبل القسمة رد ما أخذه فى المقسم بغير خلاف لانه حق تعين رده الى أهله فإن تاب بعد القسمة فمقتضى المذهب أن يؤدي خمسه الى الامام ويتصدق بالباقي ، وهذا قول الحسن والزهري ومالك والأوزاعي والثوري والليث .

وروى سعيد بن منصور عن عبد الله بن المبارك عن صفوان بن عمرو عن حوشب بن سيف قال غزا الناس الروم وعليهم عبدالرحمن بن خالد بن الوليد فغل رجل مائة دينار فلما قسمت الغنيمة وتفرق الناس ندم فأتى عبد الرحمن فقال قد غللت مائة دينار فاقبضها قال قد تفرق الناس فلن أقبضها منك حتى توافى الله بها يوم القيامة فأتى معاوية فذكر ذلك له فقال له مثل ذلك فخرج وهو يبكى فمر بعبد الله بن الشاعر السكسكى فقال ما يبكيك ؟ فأخبره فقال إنا لله وانا اليه راجعون أمطيعى أنت يا عبد الله ؟ قال نعم قال فانطلق الى معاوية فقل له خذ منى خمسك فأعطه عشرين ديناراً وانظر الى الثمانين الباقية فتصدق بها عن ذلك الجيش فإن الله تعالى يعلم أسماءهم ومكانهم وان الله يقبل التوبة عن عباده فقال معاوية أحسن والله لأن أكون أنا أفتيته بهذا أحب الى من أن يكون لى مثل كل شيء امتلكت وعن ابن مسعود أنه رأى أن يتصدق بالمال الذى لا يعرف صاحبه ، وقال الشافعى لا أعرف للصدقة وجهاً وقد جاء فى حديث الغال أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا أقبله منك حتى تجيء به يوم القيامة » .

ولنا قول من ذكرنا من الصحابة ومن بعدهم ولم نعرف لهم مخالفاً فى عصرهم فيكون إجماعا ولأن تركه تضييع له وتعطيل لمنفعته التى خلق لها ولا يتخفف به شيء من إثم الغال وفى الصدقة نفع لمن يصل اليه من المساكين وما يحصل من أجر الصدقة يصل الى صاحبه فيذهب به الاثم عن الغال فيكون أولى .

« مسألة » قال (ولا يقام الحد على مسلم فى أرض العدو)

وجملته أن من أتى حداً من الغزاة أو ما يوجب قصاصا فى أرض الحرب لم يقم عليه حتى يقفل فيقام عليه حده وبهذا قال الأوزاعى وإسحاق ، وقال مالك والشافعى وأبو ثور وابن المنذر يقام الحد فى كل موضع لأن أمر الله تعالى باقامته مطلق فى كل مكان وزمان الا أن الشافعى قال إذا لم يكن امير الجيش الامام أو أمير إقليم فليس له إقامة الحد ويؤخر حتى يأتى الامام لأن إقامة الحدود اليه وكذلك ان كان بالمسلمين حاجة الى المحدود أو قوة به أو شغل عنه أخر ، وقال أبو حنيفة لا حد ولا قصاص فى دار الحرب ولا إذا رجع .

ولنا على وجوب الحد أمر الله تعالى ورسوله به وعلى تأخيره ما روى بشر ابن أبا أرطاة أنه أتى برجل فى الغزاة قد سرق بختية فقال : لولا أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا تقطع الأيدى فى الغزاة لقطعتك » أخرجه أبو داود وغيره ولأنه إجماع الصحابة رضى الله عنهم .

وروى سعيد فى سننه بإسناده عن الأحوص بن حكيم عن أبيه أن عمر كتب الى الناس أن لا يجلدن أمير جيش ولا سرية ولا رجلا من المسلمين حدا وهو غاز حتى يقطع الدرب قافلا لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار .

وعن أبى الدرداء مثل ذلك ، وعن علقمة قال كنا فى جيش فى أرض الروم ومعنا حذيفة بن اليمان وعلينا الوليد بن عقبه فشرب الخمر فأردنا أن نحده فقال حذيفة أتحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعوا فيكم وأتى سعد بأبى محجن يوم القادسية وقد شرب الخمر فأمر به الى القيد فلما التقى الناس قال أبو محجن :

كفى حزنا أن تطرد الخيل بالقنا ... وأترك مشدوداً علىّ وثاقيا

وقال لابنة حصفة امرأة سعد أطلقينى ولك الله على أن سلمنى الله أن أرجع حتى أضع رجلى فى القيد فإن قتلت استرحتم منى قال فحلته حين التقى الناس وكانت بسعد جراحة فلم يخرج يومئذ الى الناس قال وصعدوا به فوق العذيب ينظر الى الناس واستعمل على الخيل خالد بن عرفطة فوثب أبو محجن على فرس لسعد يقال لها البلقاء ثم أخذ رمحا ثم خرج فجعل لايحمل على ناحية من العدو إلا هزمهم وجعل الناس يقولون هذا ملك لما يرونه يصنع وجعل سعد يقول الضبر ضبر البلقاء والطعن طعن أبى محجن وأبو محجن فى القيد فلما هزم العدو رجع أبو محجن حتى وضع رجليه فى القيد فأخبرت ابنة حصفة سعداً بما كان من أمره فقال سعد لا والله لا أضرب اليوم رجـــلا أبلى الله المسلمين به ما ابلاهم فخلى سبيله فقال ابو محجن قد كنت اشربها إذ يقام على الحد واطهر منها .

فأما إذا بهرجتنى فوالله لا اشربها ابداً ، وهذا اتفاق لم يظهر خلافه ، فأما اذا رجع فإنه يقام الحد عليه لعموم الايات والأخبار وانما اخر لعارض كما يؤخر لمرض او شغل فإذا زال العارض اقيم الحد لوجود مقتضيه وانتفاء معارضه ، ولهذا قال عمر حتى يقطع الدرب قافلا .

(فصل) وتقام الحدود فى الثغور بغير خلاف نعلمه لأنها من بلاد الإسلام والحاجة داعية الى زجر اهلها كالحاجة الى زجر غيرهم وقد كتب عمر الى ابى عبيدة ان يجلد من شرب الخمر ثمانين وهو بالشام وهو من الثغور .

« مسأله » قال (واذا فتح حصن لم يقتـــل من لم يحتلم او ينبت او يبلغ خمس عشرة سنة)

وجملة ذلك ان الامام اذا ظفر بالكفار لم يجز ان يقتل صبياً لم يبلغ بغير خلاف ، وقد روى ابن عمر رضى الله عنه « ان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل النساء والصبيان » متفق عليه ، ولأن الصبى يصير رقيقا بنفس السبى ففى قتله اتلاف المال واذا سبى منفرداً صار مسلما فإتلافه اتلاف من يمكن جعله مسلما والبلوغ يحصل بأحد اسباب ثلاثة .

احدها : الاحتلام وهو خروج المنى من ذكر الرجل او قبل الأنثى فى يقظة او منام وهذا لا خلاف فيه ، وقد قال الله تعالى (يا ايها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت ايمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات) ثم قال (واذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم) وقال النبى صلى الله عليه وسلم « لا يتم بعد احتلام » وقال لمعاذ « خذ من كل حالم ديناراً » رواهما ابو داود .

الثانى : انبات الشعر الخشن حول القبل وهو علامة على البلوغ بدليل ماروى عطية القرظى قال « كنت من سبى قريظة فكانوا ينظرون فمن انبت الشعر قتل ومن لم ينبت لم يقتل فكنت فيمن لم ينبت » اخرجه الأثرم والترمذى .

وقال هذا حديث حسن صحيح ، وعن كثير بن السائب قال « حدثنى ابناء قريظة انهم عرضوا على النبى صلى الله عليه وسلم فمن كان منهم محتلما او نبتت عانته قتل ومن لا ترك » اخرجه الأثرم :

وعن أسلم مولى عمر ان عمر كان يكتب الى امراء الأجناد ان لا يقتلوا الا من جرت عليه المواسى ولا يأخذوا الجزية الا ممن جرت عليه المواسى ، وحكى عن الشافعى ان هذا بلوغ فى حق الكفار لأنه لايمكن الرجوع الى قولهم فى الاحتلام

وعدد السنين وليس بعلامة عليه فى حق المسلمين لامكان ذلك فيهم .

ولنا قول أبى نضرة وعقبة بن عامر حين اختلف فى بلوغ تميم بن قرع المهرى انظروا فإن كان قد أشعر فاقسموا له فنظر اليه بعض القوم فإذا هو قد أنبت فقسموا له ولم يظهر خلاف هذا فكان إجماعا ، ولأنه علم على البلوغ فى حق الكافر فكان علما عليه فى حق المسلم كالعلمين الآخرين ولأنه أمر يلازم البلوغ غالباً فكان علما عليه كالاحتلام .

وقولهم : إنه يتعذر فى حق الكافر معرفه الاحتلام والسن ، قلنا : لا تتعذر معرفة السن فى الذمى الناشىء بين المسلمين ثم تعذر المعرفة لا يوجب جعل ما ليس بعلامة علامة كغير الانبات .

الثالث : بلوغ خمس عشرة سنة لما روى ابن عمر قال « عرضت على النبى صلى الله عليه وسلم وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى فى القتال وعرضت عليه وأنا ابن خمس عشرة فأجازنى فى المقاتلة ، قال نافع فحدثت عمر بن عبد العزيز بهذا الحديث فقال هذا فصل ما بين الرجال وبين الغلمان » متفق عليه وهذه العلامات الثلاث فى حق الذكر والأنثى، وتزيد الأنثى بعلامتين الحيض والحمل فمن لم يوجد فيه علامة منهن فهو صبى يحرم قتله .

(فصل) ولا تقتل امرأة ولا شيخ فان وبذلك قال مالك وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن أبى بكر الصديق ومجاهد : وروى عن ابن عباس فى قوله تعالى (ولا تعتدوا) يقول لا تقتلوا النساء والصبيان والشيخ الكبير .

وقال الشافعى فى أحد قوليه وابن المنذر يجوز قتل الشيوخ لقول النبى صلى الله عليه وسلم « اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم » رواه أبو داود والترمذى ، وقال حديث حسن صحيح ولأن الله تعالى قال (فاقتلوا المشركين) وهذا عام يتناول بعمومه الشيوخ .

وقال ابن المنذر : لا أعرف حجة فى ترك قتل الشيوخ يستثنى بها من عموم قوله (فاقتلوا المشركين) ولأنه كافر لا نفع فى حياته فيقتل كالشاب .

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تقتلوا شيخا فانيا ، ولا طفلا ، ولا امرأة » رواه أبو داود فى سننه .

وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه وصى يزيد حين وجهه الى الشام فقال « لا تقتل صبيا ولا امرأة ولا هرما » .

وعن عمر أنه وصى سلمه بن قيس فقال « لا تقتلوا إمرأة ولا صبيا ولا شيخا هماً » رواهما سعيد ، ولانه ليس من أهل القتال فلا يقتل كالمرأة ، وقد أومأ النبي صلى الله عليه وسلم الى هذه العلة فى المرأة فقال « مابال هذه قتلت وهي لاتقاتل » والآية مخصوصة بما روينا ولأنه قد خرج من عمومها المرأة ، والشيخ الهم فى معناها فنقيسه عليها ، وأما حديثهم فأراد به الشيوخ الذين فيهم قوة على القتال أو معونة عليه برأى أو تدبير جمعا بين الاحاديث ولان أحاديثنا خاصه فى الهرم وحديثهم عام فى الشيوخ كلهم والخاص يقدم على العام وقياسهم ينتقض بالعجوز التى لا نفع فيها .

(فصل) ولا يقتل زمن ولا أعمى ولا راهب والخلاف فيهم كالخلاف فى الشيخ وحجتهم ههنا حجتهم فيه .

ولنا فى الزمن والاعمى أنهما ليسا من أهل القتال فأشبها المرأة وفى الراهب ماروى فى حديث أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال « وستمرون على أقوام فى الصوامع قد حبسوا أنفسهم فيها فدعوهم حتى يميتهم الله على ضلالهم » ولأنهم لا يقاتلون تدينا فأشبهوا من لا يقدر على القتال .

(فصل) ولا يقتل العبيد ، وبه قال الشافعي لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أدركوا خالداً فروه ان لا يقتل ذرية ، ولا عسيفا ، وهم العبيد لانهم يصيرون رقيقا للمسلمين بنفس السبي فأشبهوا النساء والصبيان .

(فصل) ومن قاتل ممن ذكرنا جميعهم جاز قتله لان النبي (ص) قتل يوم قريظة امرأة ألقت رحا على محمود بن سلمة ، ومن كان من هؤلاء الرجال المذكورين ذا رأى يعين به فى الحرب جاز قتله لان دريد بن الصمة قتل يوم حنين وهو شيخ لا قتال فيه وكانوا خرجوا به معهم يتيمنون به ويستعينون برأيه فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم قتله ولان الرأى من أعظم المعونة فى الحرب وقد جاء عن معاوية أنه قال لمروان والأسود أمددتما عليا بقيس بن سعد وبرأيه ومكايدته فوالله لو أنكما أمددتماه بثمانية آلاف مقاتل ما كان بأغيظ لى من ذلك .

« مسألة » قال (ومن قاتل من هؤلاء النساء والمشايخ والرهبان فى المعركة قتل)

لا نعلم فيه خلافا ، وبهذا قال الأوزاعى والثورى والليث والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقد جاء عن ابن عباس قال « مر النبى صلى الله عليه وسلم بامرأة مقتولة يوم الخندق فقال : من قتل هذه ؟ قال رجل أنا يا رسول الله قال : ولم ؟ قال نازعتنى قائم سيفى . قال : فسكت ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم وقف على امرأة مقتولة فقال : ما بالها قتلت وهى لا تقاتل » وهذا يدل على أنه إنما نهى عن قتل المرأة إذا لم تقاتل ولأن هؤلاء إنما لم يقتلوا لأنهم فى العادة لا يقاتلون .

(فصل) فأما المريض فيقتل إذا كان ممن لو كان صحيحاً قاتل لأنه بمنزلة الاجهاز على الجريح الا أن يكون مايوسا من برئه فيكون بمنزلة الزمن لا يقتل لأنه لا يخاف منه أن يصير الى حال يقاتل فيها .

(فصل) فأما الفلاح الذى لا يقاتل فينبغى أن لا يقتل لما روى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال « اتقوا الله فى الفلاحين الذين لا ينصبون لكم الحرب » وقال الاوزاعى . لا يقتل الحراث إذا علم أنه ليس من المقاتله ، وقال الشافعى : يقتل إلا أن يؤدى الجزية لدخوله فى عموم المشركين .

ولنا قول عمر : أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقتلوهم حين فتحوا البلاد ولأنهم لا يقاتلون فأشبهوا الشيوخ والرهبان .

(فصل) إذا حاصر الامام حصناً لزمته مصابرته ولا ينصرف عنه الا بخصلة من خصال خمس .

أحدها : أن يسلموا فيحرزوا بالاسلام دماءهم وأموالهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ، فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها » وان أسلموا بعد الفتح عصموا دماءهم دون أموالهم ويرقون .

الثانية : أن يبذلوا مالا على الموادعة فيجوز قبوله منهم سواء أعطوه جملة أو جعلوه خراجا مستمراً يؤخذ منهم كل عام ، فإن كانوا ممن تقبل منهم الجزية فبذلوها لزمه قبولها منهم وحرم قتالهم لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن

يد وهم صاغرون) وان بذلوا مالا على غير وجه الجزية فرأى المصلحة فى قبوله قبله ولا يلزمه قبوله إذا لم ير المصلحة فيه . الثالثة : أن يفتحه .

الرابعة : أن يرى المصلحة فى الانصراف عنه إما لضرر فى الاقامة وإما لليأس منه واما لمصلحة ينتهزها تفوت باقامته فينصرف عنه لما روى « أن النبى (ص) حاصر أهل الطائف فلم ينل منهم شيئا فقال : انا قافلون ان شاء الله تعالى غداً فقال المسلمون أنرجع عنه ولم نفتحه ؟ فقال رسول الله (ص) : اغدوا على القتال فغدوا عليه فأصابهم الجراح فقال لهم رسول الله (ص : انا قافلون غداً فأعجبهم فقفل رسول الله (ص) » متفق عليه .

الخامسة : أن ينزلوا على حكم حاكم فيجوز لما روى « أن النبى (ص) أنه لما حاصر بنى قريظة رضوا بأن ينزلوا على حكم سعد بن معاذ فأجابهم الى ذلك والكلام فيه فى فصلين .

أحدهما : صفة الحاكم .

والثانى صفة الحكم فيعتبر فيه سبعة شروط . أن يكون الحاكم حراً مسلما عاقلا بالغا ذكراً عدلا فقيها كما يشترط فى حاكم المسلمين ويجوز أن يكون أعمى لان عدم البصر لا يضر فى مسألتنا لأن المقصود رأيه ، ومعرفة المصلحة فى أحد أقسام الحكم ، ولا يضر عدم البصر فيه بخلاف القضاء فإنه لا يستغنى عن البصر ليعرف المدعى من المدعى عليه والشاهد من المشهود له والمشهود عليه والمقر له من المقر ويعتبر من الفقه ههنا ما يتعلق بهذا الحكم مما يجوز فيه ويعتبر له ونحو ذلك ولا يعتبر فقهه فى جميع الأحكام التى لا تعلق له بهذا ولهذا حكم سعد بن معاذ ولم يثبت أنه كان عالما بجميع الاحكام واذا حكموا رجلين جاز ويكون الحكم ما اتفقا عليه وان جعلوا الحكم الى رجل يعينه الامام جاز لأنه لا يختار الا من يصلح وان نزلوا على حكم رجل منهم أو جعلوا التعيين اليهم لم يجز لأنهم ربما اختاروا من لا يصلح وان عينوا رجلا يصلح فرضيه الامام جاز لأن بنى قريظة رضوا بحكم سعد بن معاذ وعينوه فرضيه النبى صلى الله عليه وسلم وأجاز حكمه وقال « لقد حكمت فيهم بحكم الله » وان مات من اتفقوا عليه فاتفقوا على غيره ممن

يصلح قام مقامه ، وان لم يتفقوا على من يقوم مقامه أو طلبوا حكما لا يصلح ردوا الى مأمنهم وكانوا على الحصار حتى يتفقوا ، وكذلك ان رضوا باثنين فمات أحدهما فاتفقوا على من يقوم مقامه جاز والا ردوا الى مأمنهم ، وكذلك ان رضوا بتحكيم من لم تجتمع الشرائط فيه ووافقهم الامام عليه ، ثم بان أنه لا يصلح لم يحكم ويردون الى مأمنهم كما كانوا .

وأما صفة الحكم . فان حكم أن تقتل مقاتلتهم وتسبى ذراريهم نفذ حكمه لأن سعد بن معاذ حكم فى بنى قريظة بذلك فقال النبى (ص) « لقد حكمت فيهم بحكم الله تعالى من فوق سبعة أرقعة » وان حكم بالمن على المقاتلة وسبى الذرية فقال القاضى يلزم حكمه ، وهو مذهب الشافعى لان الحكم اليه فيما يرى المصلحة فيه فكان له المن كالامام فى الاسير .

واختار أبو الخطاب أن حكمه لا يلزم لان عليه أن يحكم بما فيه الحظ ولا حظ للمسلمين فى المن ، وان حكم بالمن على الذرية فينبغى أن لا يجوز لأن الامام لا يملك المن على الذرية اذا سبوا فكذلك الحاكم ، ويحتمل الجواز لان هؤلاء لم يتعين السبى فيهم بخلاف من سبى فانه يصير رقيقا بنفس السبى .

وان حكم عليهم بالفداء جاز لان الامام مخير فى الأسرى بين القتل والفداء والاسترقاق والمن فكذلك الحاكم ، وان حكم عليهم بإعطاء الجزية لم يلزم حكمه لان عقد الذمة عقد معاوضة فلا يثبت الا بالتراضى ولذلك لا يملك الامام اجبار الاسير على اعطاء الجزية .

وان حكم بالقتل والسبى جاز للامام المن على بعضهم ، لأن ثابت بن قيس « سأل فى الزبير بن باطا من قريظة وماله رسول الله (ص) فأجابه » ويخالف مال الغنيمة اذا حازه المسلمون لان ملكهم استقر عليه .

وان أسلموا قبل الحكم عليهم عصموا دماءهم وأموالهم لأنهم أسلموا وهم أحرار وأموالهم لهم فلم يجز استرقاقهم بخلاف الاسير فإن الأسير قد ثبتت اليد عليه كما تثبت على الذرية ولذلك جاز استرقاقه وان أسلموا بعد الحكم عليهم نظرت فإن كان قد حكم عليهم بالقتل سقط لان من أسلم فقد عصم دمه ولم يجز استرقاقهم

لأنهم أسلموا قبل استرقاقهم ، قال أبو الخطاب : ويحتمل جواز استرقاقهم كما لو أسلموا بعد الأسر ويكون المال على ماحكم فيه ، وإن حكم بأن المال للمسلمين كان غنيمة لأنهم أخذوه بالقهر والحصر .

« مسألة » قال (واذا خلى الاسير منا وحلف أن يبعث اليهم بشيء يعينه أو يعود اليهم فلم يقدر عليه لم يرجع اليهم)

وجملته أن الاسير إذا خلاه الكفار واستحلفوه على أن يبعث إليهم بفدائه أو يعود اليهم نظرت فإن أكرهوه بالعذاب لم يلزمه الوفاء لهم برجوع ولا فداء لانه مكره فلم يلزمه ما أكره عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وإن لم يكره عليه وقدر على الفداء الذي التزمه لزمه أداؤه ، وبهـــذا قال عطاء والحسن والزهري والنخعي والثوري والاوزاعي ، وقال الشافعي أيضا لا يلزمه لانه حر لا يستحقون بدله .

ولنا قول الله تعالى (وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم) ولما صالح النبي (ص) أهل الحديبية على رد من جاءه مسلما وفى لهم بذلك وقال « انا لا يصلح في ديننا الغدر » ولأن في الوفاء مصلحة للأسارى وفي الغدر مفســـدة في حقهم لأنهم لا يؤمنون بعده والحاجة داعية اليه فلزمه الوفاء به كما يلزمه الوفاء بعقد الهدنة ، ولانه عاهدهم على أداء مال فلزمه الوفاء به كثمن المبيع والمشروط في عقد الهدنة في موضع يجوز شرطه وماذكروه باطل بما اذا شرط رد من جاءه مسلما أو شرط لهم مالا في عقد الهدنة .

فأما إن عجز عن الفداء نظرنا فإن كان المفادى امرأة لم ترجع اليهم ولم يحل لها ذلك لقول الله تعالى (فلا ترجعوهن الى الكفار) ولأن في رجوعها تسليطا لهم على وطئها حراماً ، وقد منع الله تعالى رسوله رد النساء إلى الكفار بعد صلحه على ردهن في قصة الحديبية ، وفيها « فجاء نسوة مؤمنات فنهاهم الله أن يردوهن » رواه أبو داود وغيره ، وإن كان رجلا ففيه روايتان :

احداهما لا يرجع أيضا ، وهو قول الحسن والنخعي والثوري والشافعي لان الرجوع اليهم معصية فلم يلزم بالشرط ، كما لو كان امرأة ، وكما لو شرط قتل مسلم أو شرب الخمر .

والثانية يلزمه : وهو قول عثمان والزهري والاوزاعي ومحمد بن سوقة لما ذكرنا في بعث الفداء ، ولان النبي (ص) قد عاهد قريشا على رد من جاءه مسلما ورد أبا بصير وقال « انا لا يصلح في ديننا الغدر » وفارق رد المرأة فإن الله تعالى فرق بينهما في هذا الحكم حين صالح النبي صلى الله عليه وسلم قريشا على رد من جاءه منهم مسلما فأمضى الله ذلك في الرجال ونسخه في النساء ، وقد ذكرنا الفرق بينهما من ثلاثة أوجه تقدمت .

فصل

فإن أطلقوه وآمنوه صاروا في أمان منه ، لأن أمانهم له يقتضي سلامتهم منه فإن أمكنه المضي الى دار الاسلام لزمه ، وان تعذر عليه أقام وكان حكمه حكم من أسلم في دار الحرب ، فإن أخذ في الخروج فأدركوه وتبعوه قاتلهم وبطل الامان لأنهم طلبوا منه المقام وهو معصية ؛ فأما ان أطلقوه ولم يؤمنوه فله أن يأخذ منهم ما قدر عليه ويسرق ويهرب ، لأنه لم يؤمنهم ولم يؤمنوه ، وان أطلقوه وشرطوا عليه المقام عندهم لزمه ما شرطوا عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » وقال أصحاب الشافعي لا يلزمه .

فأما ان أطلقوه على انه رقيق لهم فقال ابو الخطاب . له أن يسرق ويهرب ويقتل ، لأن كونه رقيقا حكم شرعي لا يثبت عليه بقوله ولو ثبت لم يقتض أمانا له منهم ولا لهم منه ، وهذا مذهب الشافعي

وان أحلفوه على هذا فإن كان مكرها على اليمين لم تنعقد يمينه ، وان كان مختارا لحنث كفر يمينه . ويحتمل ان تلزمه الاقامة على الرواية التي تلزمه الرجوع اليهم في المسألة الاولى ، وهو قول الليث

(فصل) وان اشترى الاسير شيئا مختاراً أو اقترضه فالعقد صحيح ويلزمه الوفاء لهم لأنه عقد معاوضة فأشبه ما لو فعله غير الاسير ، وان كان مكرها لم يصح فإن أكرهوه على قبضه لم يضمنه ولكن عليه رده اليهم ان كان باقيا لأنهم دفعوه اليه بحكم العقد ، وان قبضه باختياره ضمنه لأنه قبضه عن عقد فاسد ، وان باعه والعين قائمة لزمه ردها لان العقد باطل ، وان عدمت العين رد قيمتها .

« مسألة » قال (ولا يحل لمسلم أن يهرب من كافرين ، ومباح له أن يهرب من ثلاثة ، فإن خشي الأسر قاتل حتى يقتل)

وجملته أنه اذا التقى المسلمون والكفار وجب الثبات وحرم الفرار ، بدليل قوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا لقيتم الذين كفروا زحفا فلا تولوهم الأدبار) الآية ، وقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا لقيتم فئة فاثبتوا واذكروا الله كثيراً لعلكم تفلحون) وذكر النبي (ص) الفرار يوم الزحف فعده من الكبائر .

وحكي عن الحسن والضحاك أن هذا كان يوم بدر خاصة ولا يجب في غيرها والأمر مطلق وخبر النبي (ص) عام فلا يجوز التقييد والتخصيص إلا بدليل ، وإنما يجب الثبات بشرطين

أحدهما : أن يكون الكفار لا يزيدون على ضعف المسلمين ، فإن زادوا عليه جاز الفرار ، لقول الله تعالى (الآن خفف الله عنكم وعلم أن فيكم ضعفا فإن يكن منكم مائة صابرة يغلبوا مائتين) وهذا إن كان لفظه لفظ الخبر فهو أمر ، بدليل قوله (الآن خفف الله عنكم) ولو كان خبراً على حقيقته لم يكن ردنا من غلبة الواحد للعشرة الى غلبة الإثنين تخفيفا، ولأن خبر الله تعالى صدق لا يقع بخلاف مخبره ؛ وقد علم أن الظفر والغلبة لا يحصل للمسلمين في كل موطن يكون العدو فيه ضعف المسلمين فما دون فعلم أنه أمر وفرض ولم يأت شيء ينسخ هذه الآية لا في كتاب ولا سنة فوجب الحكم بها .

قال ابن عباس « نزلت (إن يكن منكم عشرون صابرون يغلبوا مائتين) فشق ذلك على المسلمين حين فرض الله عليهم ألا يفر واحد من عشرة . ثم جاء تخفيف فقال (الآن خفف الله عنكم — الى قوله — يغلبوا مائتين) فلما خفف الله عنهم من العدد نقص من الصبر بقدر ما خفف من العدد » رواه أبو داود

وقال ابن عباس « من فر من اثنين فقد فر ومن فر من ثلاثة فما فر »

الثاني : أن لا يقصد بفراره التحيز الى فئة ولا التحرف لقتال ، فإن قصد أحد هذين فهو مباح له ، لأن الله تعالى قال (إلا متحرفا لقتال أو متحيزاً الى فئة) ومعنى التحرف للقتال أن ينحاز الى موضع يكون القتال فيه أمكن ، مثل أن ينحاز

من مواجهة الشمس أو الريح إلى استدبارهما أو من نزلة الى علو أو من معطشة إلى موضع ماء أو يفر بين أيديهم لتنتقض صفوفهم أو تنفرد خيلهم من رجالتهم أو ليجد فيهم فرصة أو ليستند الى جبل ونحو ذلك مما جرت به عادة أهل الحرب وقد روى عن عمر رضى الله عنه « انه كان يوما فى خطبته اذ قال ياسارية بن زنيم الجبل . ظلم الذئب من استرعاه الغنم . فأنكرها الناس فقال على رضى الله عنه : دعوه ، فلما نزل سألوه عما قال فلم يعترف به ، وكان قد بعث سارية الى ناحية العراق لغزوهم ، فلما قدم ذلك الجيش أخبروا أنهم لقوا عدوهم يوم جمعة فظهروا عليهم فسمعوا صوت عمر فتحيزوا الى الجبل فنجوا من عدوهم فانتصروا عليهم» وأما التحيز الى فئة فهو أن يصير الى فئة من المسلمين ليكون معهم فيقوى بهم على عدوهم ، وسواء بعدت المسافة أو قربت

قال القاضى : لو كانت الفئة بخراسان والفئة بالحجاز جاز التحيز اليها ونحوه ذكر الشافعى ، لأن ابن عمر روى ان النبي (ص) قال « انى فئة لكم وكانوا بمكان بعيد منه » وقال عمر « انا فئة كل مسلم ؛ وكان بالمدينة وجيوشه بمصر والشام والعراق وخراسان » رواهما سعيد

وقال عمر « رحم الله أبا عبيد لو كان تحيز الىّ لكنت له فئة » وإذا خشى الاسر فالاولى له أن يقاتل حتى يقتل ولا يسلم نفسه للأسر ، لانه يفوز بثواب الدرجة الرفيعة ويسلم من تحكم الكفار عليه بالتعذيب والاستخدام والفتنة . وان استأسر جاز لما روى ابو هريرة « ان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عشرة عينا وأمر عليهم عاصم بن ثابت ، فنفرت اليهم هذيل بقريب من مائة رجل رام فلما أحس بهم عاصم وأصحابه لجئوا الى فدفد فقالوا لهم : انزلوا فأعطونا بأيديكم ولكم العهد والميثاق ان لا نقتل منكم أحداً ، فقال عاصم : أما انا فلا انزل فى ذمة كافر فرموهم بالنبل فقتلوا عاصما فى سبعة معه ونزل اليهم ثلاثة على العهد والميثاق منهم خبيب وزيد بن الدثنة ، فلما استمكنوا منهم أطلقوا أوتار قسيهم فربطوهم بها » متفق عليه ، فعاصم أخذ بالعزيمة وخبيب وزيد أخذا بالرخصة وكلهم محمود غير مذموم ولا ملوم .

(فصل) واذا كان العدو أكثر من ضعف المسلمين فغلب على ظن المسلمين

الظفر فالاولى لهم الثبات لما فى ذلك من المصلحة ، وأن انصرفوا جاز لأنهم لا يأمنون العطب ، والحكم علق على مظنته ، وهو كونهم أقل من نصف عددهم ، ولذلك لزمهم الثبات إذا كانوا أكثر من النصف . وان غلب على ظنهم الهلاك فيه .

ويحتمل أن يلزمهم الثبات إن غلب على ظنهم الظفر لما فيه من المصلحة ، وان غلب على ظنهم الهلاك فى الإقامة والنجاة فى الانصراف فالأولى لهم الانصراف ، وان ثبتوا جاز لأن لهم غرضا فى الشهادة ويجوز أن يغلبوا أيضا ، وان غلب على ظنهم الهلاك فى الاقامة والانصراف فالاولى لهم الثبات لينالوا درجة الشهداء المقبلين على القتال محتسبين فيكونون أفضل من المولين ، ولأنه يجوز أن يغلبوا أيضا . فإن الله تعالى يقول (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة باذن الله والله مع الصابرين) ولذلك صبر عاصم وأصحابه فقاتلوا حتى أكرمهم الله بالشهادة .

(فصـــل)

فإن جاء العدو بلدا فلأهله التحصن منهم . وان كانوا أكثر من نصفهم ليلحقهم مدد أو قوة ، ولا يكون ذلك توليا ولا فراراً انما التولى بعد لقاء العدو وان لقوهم خارج الحصن فلهم التحيز الى الحصن ، لانه بمنزلة التحرف للقتال أو التحيز الى فئة . وان غزوا فذهبت دوابهم فليس ذلك عذرا فى الفرار لان القتال ممكن للرجاله ، وان تحيزوا الى جبل ليقاتلوا فيه رجالة فلا بأس لأنه تحرف للقتال ، وان ذهب سلاحهم فتحيزوا الى مكان يمكنهم القتال فيه بالحجارة والتستر بالشجر ونحوه أو لهم فى التحيز اليه فائدة جاز

(فصـــل) فإن ولى قوم قبل احراز الغنيمة وأحرزها الباقون فلا شىء للفارين لان احرازها حصل بغيرهم فكان ملكها لمن احرزها ، وان ذكروا أنهم فروا متحيزين الى فئة أو متحرفين للقتال فلا شىء لهم ايضا لذلك ، وان فروا بعد احراز الغنيمة لم يسقط حقهم منها ، لأنهم ملكوا الغنيمة لحيازتها فلم يزل ملكهم عنها بفرارهم .

(فصـــل) واذا ألقى الكفار ناراً فى سفينة فيها مسلمون فاشتعلت فيها فما غلب على ظنهم السلامة فيه من بقائهم فى مركبهم او القاء نفوسهم فى الماء فالاولى

لهم فعله وإن استوى عندهم الأمران فقال أحمد كيف شاء يصنع، قال الأوزاعى هما موتتان فاختر أيسرهما . وقال أبو الخطاب فيه رواية أخرى : أنهم يلزمهم المقام لأنهم إذا رموا نفوسهم فى الماء كان موتهم بفعلهم . وإن أقاموا فموتهم بفعل غيرهم .

« مسألة » قال (ومن آجر نفسه بعد أن غنموا على حفظ الغنيمة فمباح له ما أخذ ان كان راجلا أو على دابة يملكها)

وجملته أن الغنيمة إذا احتاجت الى من يحفظها أو سوق الدواب التى هى منها أو يرعاها أو يحملها ، فإن للامام أن يستأجر من يفعل ذلك ويؤدى أجرتها منها لأن ذلك من مؤنتها فهو كعلف الدواب وطعام السبى ، ومن أجر نفسه على فعل شيء من ذلك فله أجرته مباحة ، لأنه أجر نفسه افعل بالمسلمين إليه حاجة فحلت له أجرته كما لو أجر نفسه على الدلالة الى الطريق .

فأما قوله ان كان راجلا أو على دابة يملكها فإنه يعنى به لا يركب من دواب المغنم ولا فرسا حبيسا .

قال أحمد : لا بأس أن يؤجر الرجل نفسه على دابته وكره أن يستأجر القوم على سياق الرمك على فرس حبيس ، لأنه يستعمل الفرس الموقوفة للجهاد فيما يختص منفعة نفسه ، فإن أجر نفسه فركب الدابة الحبيس أو دابة من المغنم لم تطب له أجرة لأن المعين له على العمل يختص منفعة نفسه ، فلا يجوز أن يستعمل فيه دواب المغنم ولا دواب الحبيس ، وينبغى أن يلزمه بقدر أجر الدابة يرد فى الغنيمة ان كان من الغنيمة أو يصرف فى نفقة دواب الحبيس ان كان الفرس حبيسا

(فصل) فإن شرط فى الاجابة ركوب دابة من الغنيمة فينبغى أن يجوز لأن ذلك بمنزلة أجرة تدفع اليه من المغنم ، ولو أجر نفسه بدابة من المغنم معينة صح ، فإذا جعل أجره ركوبها كان أولى إلا أن يكون العمل مجهولا فلا يجوز لان من شرط صحة اجارتها كون عوضها معلوما ، وان شرط فى الاجارة ركوب دابة من الحبيس لم يجز ، لأنها انما حبست على الجهاد ، وليس هذا بجهاد ، انما هو نفع لأهل الغنيمة .

(فصـل) ولا يجوز الانتفاع من الغنيمة بركوب دابة منها ولا لبس ثوب من ثيابها ، لما روى رويفع بن ثابت قال « لا أقول لكم إلا ماسمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم خيبر : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يركب دابة من فيء المسلمين حتى إذا أعجفها ردها فيه ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يلبس ثوبا من فيء المسلمين حتى إذا أخلقه رده فيه » رواه أبو داود والأثرم .

وعن رجل من بلقين قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو بوادى القرى ، فقلت ما تقول فى الغنيمة ؟ فقال : لله خمسها وأربعة أخماسها للجيش . فقلت فما أحد أولى به من احد ؟ قال لا ، ولا السهم تستخرجه من جنبك أنت أحق به من أخيك المسلم » رواه الأثرم ، ولأن الغنيمة مشتركة بين الغانمين وأهل الخمس فلم يجز لواحد الاختصاص بمنفعته كغيره من الاموال المشتركة ، فإن دعت الحاجة الى القتال بسلاحهم فلا بأس . قال احمد . اذا كان أنكى فيهم أو خاف على نفسه فنعم .

وذكر حديث سيف ابى جهل وهو ما روى عبد الله بن مسعود قال « انتهيت الى ابى جهل يوم بدر وقد ضربت رجله فقلت الحمد لله الذى أخزاك يا أبا جهل فأضربه بسيف معى غير طائل فوقع سيفه من يده فأخذت سيفه فضربته به حتى برد » رواه الاثرم ، وفى ركوب الفرس للجهاد روايتان .

احداهما : يجوز كما يجوز فى السلاح .

والثانية : لا يجوز لانها تتعرض للعطب غالبا وقيمتها كثيرة بخلاف السلاح .

« مسأله » قال (ومن لقى علجا فقال له قف أو الق سلاحك فقد أمنه)

قد تقدم الكلام فيمن يصح أمانه، ونذكر ههنا صفة الامان ، فالذى ورد به الشرع لفظتان : أجرتك وأمنتك ، لقول الله تعالى (وان أحد من المشركين استجارك فأجره) وقال النبي (ص) « قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت . وقال : من دخل دار ابى سفيان فهو آمن ، ومن أغلق بابه فهو آمن » وفى معنى ذلك اذا قال لا تخف لا تذهل لا تخش لا خوف عليك لا بأس عليك .

وقد روى عن عمر انه قال « اذا قلتم لا بأس أو لا تذهل أو مترس فقد أمنتموهم فإن الله تعالى يعلم الالسنة » وفى رواية أخرى « اذا قال الرجل للرجل لا تخف فقد أمنه ، فإذا قال لا تذهل فقد أمنه فإن الله يعلم الالسنة »

وروى أن عمر قال للهرمزان « تكلم ولا بأس عليك ، فلما تكلم أمر عمر بقتله ، فقال أنس بن مالك : ليس لك الى ذلك سبيل قد أمنته ، فقال عمر كلا ، فقال الزبير قد قلت له : تكلم ولا بأس عليك ، فدرأ عمر عنه القتل » رواه سعيد وغيره ، وهذا كله لا نعلم فيه خلافا .

فأما ان قال له قم أو قف أو ألق سلاحك ؛ فقال أصحابنا هو أمان أيضا ، لان الكافر يعتقد هذا أمانا فأشبه قوله أمنتك .

وقال الاوزاعى : ان ادعى الكافر انه أمن او قال انما وقفت لندائك فهو آمن ، فإن لم يدع ذلك فلا يقبل ، ويحتمل ان هذا ليس بأمان لان لفظه لا يشعر به وهو يستعمل للإرهاب والتخويف فلم يكن أمانا لقوله لاقتلنك لكن يرجع الى القائل ، فإن قال نويت به الامان فهو امان ، وان قال لم ارد امانه نظرنا فى الكافر فإن قال اعتقدته امانا رد الى مأمنه ولم يجز قتله وان لم يعتقده امانا فليس بأمان كما لو اشار اليهم بما اعتقدوه امانا .

فصل

فان اشار المسلم اليهم بما يرونه امانا وقال اردت به الامان فهو امان ، وان قال لم ارد به الامان فالقول قوله لأنه اعلم بنيته ، فإن خرج الكفار من حصنهم بناء على هذه الاشارة لم يجز قتلهم ولكن يردون الى مأمنهم

وقال عمر رضى الله عنه « والله لو ان احدكم اشار بأصبعه الى السماء الى مشرك فنزل بأمانه فقتله لقتلته به » رواه سعيد ، وان مات المسلم او غاب فإنهم يردون الى مأمنهم وبهذا قال مالك والشافعى وابن المنذر .

فان قيل وكيف صححتم الامان بالاشارة مع القدرة على النطق بخلاف البيع والطلاق والعتق؟ قلنا تغليبا لحقن الدم كما حقن دم من له شبهة كتاب تغليبا لحقن دمه ، ولان الكفار فى الغالب لا يفهمون كلام المسلمين والمسلمون لا يفهمون كلامهم فدعت الحاجة الى التكليم بالاشارة بخلاف غيره .

(فصــل)

إذا سبيت كافرة فجاء ابنها يطلبها وقال : إن عندى أسيراً مســلما فأطلقوها حتى أحضره ، فقال الامام أحضره فأحضره لزم إطلاقها ، لأن المفهوم من هـذا إجابته إلى ما سأل ، وإن قال الإمام لم أرد إجابته لم يجبر على ترك أسيره ورد الى مأمنه . وقال أصحاب الشافعى : يطلق الاسير ولا تطلق المشركة ، لأن المسلم حر لا يجوز أن يكون ثمنا لمملوكة ، ويقال له ان اخترت شراءها فأتت بثمنها .

ولنا أن هذا يفهم منه الشرط فيجب الوفاء به كما لو صرح به ، ولأن الكافر فهم منه ذلك وبنى عليه فأشبه ما لو فهم الامان من الإشارة . وقولهم ان الحر لا يكون ثمن مملوكة ، قلنا لكن يصح أن يفادى بها ، فقد فادى رسول الله (ص) بالاسيرة التى أخذها من سلمة بن الاكوع برجلين من المسلمين ، وفادى برجلين من المسلمين بأسير من الكفار ووفى لهم برد من جاءه مسلما وقال « انه لا يصلح فى ديننا الغدر » وان كان رد المسلم اليهم ليس بحق لهم ، ولأنه التزم اطلاقها فلزمه ذلك لقوله عليه السلام « المسلمون على شروطهم » وقوله « انه لا يصلح فى ديننا الغدر »

« مسألة » قال (ومن سرق من الغنيمة ممن له فيها حق أو لولده أو لسيده لم يقطع)

يعنى اذا كان السارق بعض الغانمين أو أباه أو سيده فلا قطع عليه لان له شبهة وهو حقه المتعلق بها فيكون ذلك مانعا من قطعه لان الحدود تدرأ بالشبهات فأشبه ما لو سرق من مال مشترك بينه وبين غيره ، وهكذا ان كان لابنه وان علا وهو قول ابى حنيفة والشافعى ؛ وزاد ابو حنيفة : اذا كان لذى رحم محرم منه فيها حق لم يقطع مبنى على انه لا يقطع بسرقة مالهم ، وقد سبق الكلام فى هذا ، ولو كان لأحد الزوجين فيها حق فسرق منها الآخر لم يقطع عند من لا يرى أن أحدهما يقطع بسرقة مال الآخر وقد سبق ذكر هذا .

(فصــل) والسارق من الغنيمة غير الغال فلا يجرى مجراه فى احراق رحله ولا يجرى الغال مجرى السارق فى قطع يده . وذكر بعض أصحابنا ان السارق يحرق

رحله لأنه فى معنى الغال ، ولأنه لما درىء عنه الحد وجب أن يشرع فى حقه عقوبة أخرى كسارق التمر يغرم مثلى ما سرق .

ولنا أن هـذا لا يقع عليه اسم الغال حقيقة ولا هو فى معناه لأن الغلول يكثر لكونه أخذ مال لا حافظ له ولا يطلع عليه غالبا فيحتاج الى زاجر عنه ، وليس كذلك السرقة فإنها أخذ مال محفوظ فالحاجة الى الزجر عنه أقل

« مسألة » قال (وان وطىء جارية قبل أن يقسم أدب ولم يبلغ به حد الزانى وأخذ منه مهر مثلها فطرح فى المقسم إلا أن تلد منه فتكون عليه قيمتها)

يعنى إذا كان الواطىء من الغانمين أو ممن لولده فيها حق فلا حـد عليه ، لأن الملك يثبت للغانمين فى الغنيمة فيكون للواطىء حق فى هـذه الجارية ، وان كان قليلا فيدرأ عنه الحد للشبهة ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى . وقال مالك وأبو ثور عليه الحد لقول الله تعالى (الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وهذا زان ، ولانه وطىء فى غير ملك عامداً عالما بالتحريم فلزمه الحد كما لو وطىء جارية غيره . وقال الاوزاعى : كل من سلف من علمائنا يقول عليه أدنى الحدين مائة جلدة ، ومنع بعض الفقهاء ثبوت الملك فى الغنيمة وقال إنما يثبت بالاختيار ، بدليل أن أحدهم لو قال أسقطت حقى سقط ولو ثبت ملكه لم يزل بذلك كالوارث

ولنا أن له فيها شبهة الملك فلم يجب عليه الحد كوطء الجارية المشتركة ، والآية مخصوصة بوطء الجارية المشتركة وجارية ابنه فنقيس عليه ، هـذا ومنع الملك لا يصلح لان ملك الكفار قد زال ولا يزول الا الى مالك ، ولانه تصح قسمته ويملك الغانمون طلب قسمتها فأشبهت مال الوارث ، إنما كثر الغانمون فقل نصيب الواطىء ولم يستقر فى شىء بعينه وكان للامام تعيين نصيب كل واحد بغير اختياره فلذلك جاز أن يسقط بالاسقاط بخلاف الميراث وضعف الملك لا يخرجه عن كونه شبهة فى الحد الذى يدرأ بالشبهات ، ولهذا يسقط الحد بأدنى شىء ، وان لم يكن حقيقة الملك فهو شبهة . اذا ثبت هذا فانه يعزر ولا يبلغ بالتعزير الحـد على ما أسلفناه ويؤخذ منه مهر مثلها فيطرح فى المقسم ، وبهذا قال الشافعى

وقال القاضي . انه يسقط عنه من المهر قدر حصته منها ويجب عليه بقيته كما لو وطيء جارية مشتركة بينه وبين غيره ، وليس بصحيح لأننا اذا أسقطنا عنه حصته وأخذنا الباقي فطرحناه في المغنم ثم قسمناه على الجميع وهو فيهم عاد اليه سهم من حصة غيره ، ولان قدر حصته قد لا تمكن معرفته لقلة المهر وكثرة الغانمين ثم إذا أخذناه فان قسمناه مفرداً على من سواه لم يمكن ، وان خلطناه ببقية الغنيمة ثم قسمناه على الجميع أخذ سهما مما ليس له فيه حق .

إذا ثبت هذا فان ولدت منه فالولد حر يلحقه نسبه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : هو رقيق لا يلحقه نسبه لأن الغانمين إنما يملكون بالقسمة ، وقد صادف وطؤه غير ملكه .

ولنا انه وطء سقط فيه الحد بشبهة الملك فيلحق فيه النسب كوطء جارية ابنه وما ذكروه غير مسلم ثم يبطل بوطء جارية ابنه ، ويفارق الزنا فانه يوجب الحد واذا ثبت هذا فان الامة تصير أم ولد له في الحال .

وقال الشافعي : لا تصير أم ولد في الحال لأنها ليست ملكا له فاذا ملكها بعد ذلك فهل تصير أم ولد ؟ فيها قولان

ولنا أنه وطء يلحق به النسب لشبهة الملك فتصير به أم ولد كوطء جارية ابنه ويبطل ماذكروه بجارية الابن ولا نسلم ما ذكروه فانا قد بينا ان الملك يثبت في الغنيمة بمجرد الاغتنام وعليه قيمتها تطرح في المغنم لانه فوتها عليهم وأخرجها من الغنيمة بفعله فلزمته قيمتها كما لو قتلها ، فان كان معسرا كان في ذمته قيمتها . وقال القاضي. اذا كان معسرا حسب قدرحصته من الغنيمة فصارت أم ولد باقيها رقيق للغانمين ، لأن كونها أم ولد إنما يثبت بالسراية في ملك غيره فلم يسر في حق المعسر كالاعتاق

ولنا أنه استيلاد جعل بعضها أم ولد فيجعل جميعها أم ولد كاستيلاد جارية الابن ، وفارق العتق لان الاستيلاد أقوى لكونه فعلا وينفذ من المجنون ، فأما قيمة الولد فقال أبو بكر فيها روايتان :

إحداهما : تلزمه قيمته حين وضعه تطرح في المغنم لأنه فوت رقه فأشبه ولد المغرور .

والثانية . لا تلزمه لأنه ملكها حين علقت ولم يثبت ملك الغانمين فى الولد بحال فأشبه ولد الأب من جارية ابنه إذا وطئها ولأنه يعتق حين علوقه ولا قيمة له حينئذ وقال القاضى اذا صار نصفها أم ولد يكون الولد كله حراً وعليه قيمة نصفه

(فصل) اذا كان فى الغنيمة من يعتق على بعض الغانمين نظرت فإن كان رجلا لم يعتق لأن العباس عم النبى صلى الله عليه وسلم وعم على ، وعقيلا أخا على كانا فى أسرى بدر فلم يعتقا عليهما ولأن الرجل لا يصير رقيقاً بنفس السبى ، وان استرق أو كان الأسير امرأة أو صبيا عتق عليه قدر نصيبه وسرى الى باقيه ان كان موسراً وان كان معسرا لم يعتق عليه الا ملكه منه . وقال الشافعى : لا يعتق منه شىء وهذا مقتضى قول أبى حنيفة لأنه لا يملك بمجرد الاغتنام ، ولو ملك لم يتعين ملكه فيه وان قسمه وجعله فى نصيبه واختار تملكه عتق عليه وإلا فلا ، وان جعل له بعضه فاختار تملكه عتق عليه وقوم عليه الباقى .

ولنا ما بيناه من أن الملك يثبت للغانمين لكون الاستيلاء التام وجد منهم وهو سبب الملك ولأن ملك الكفار قد زال ولا يزول إلا إلى المسلمين .

(فصل) وان أعتق بعض الغانمين عبدا من الغنيمة قبل القسمة فإن كان ممن لم يثبت فيه الرق كالرجل قبل استرقاقه لم يعتق لما ذكرناه قبل ، وان كان رقيقا كالمرأة والصبى عتق عليه قدر حصته وسرى الى باقيه ان كان موسرا وعليه قيمة باقيه تطرح فى المقسم ، وان كان معسرا عتق عليه قدر ملكه من الغنيمة لأنه موسر بقدر حصته من الغنيمة فإن كان بقدر حقه من الغنيمة عتق ولم يأخذ شيئا وإن كان دون حقه أخذ باقى حقه ، وان كان أكثر من حقه لم يعتق إلا قدر حقه فإن أعتق عبدا ثانيا وفضل من حقه عن الاول شىء عتق بقدره من الثانى وان لم يفضل شىء لم يعتق من الثانى شىء .

(فصل) ويكره نقل رءوس المشركين من بلد الى بلد والمثلة بقتلاهم وتعذيبهم لما روى سمرة بن جندب قال : كان النبى صلى الله عليه وسلم يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة ، وعن عبد الله قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان أعف الناس قتلة أهل الايمان » رواهما أبو داود .

وعن شداد بن أوس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « إن الله كتب الإحسان

على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبح » رواه النسائي ، وعن عبد الله بن عامر أنه قدم على أبي بكر الصديق برأس البطريق فأنكر ذلك فقال يا خليفة رسـول الله فانهم يفعلون ذلك بنا قال فاستنان بفارس والروم ؟ لا يحمل الي رأس فإنما يكفي الكتاب والخبر .

وقال الزهري : لم يحمل الى النبي صلى الله عليه وسلم رأس قط : وحمل الى أبي بكر رأس فأنكره ، وأول من حملت اليه الرءوس عبد الله بن الزبير ويكره رميها في المنجنيق نص عليه أحمد ، وان فعلوا ذلك لمصلحة جاز لما روينا « أن عمرو بن العاص حين حاصر الاسكندرية ظفر أهلها برجل من المسلمين فأخذوا رأسه فجاء قومه عمرا مغضبين فقال لهم عمرو : خذوا رجلا منهم فاقطعوا رأسه فارموا به اليهم في المنجنيق ففعلوا ذلك ، فرمى أهل الاسكندرية رأس المسلم الى قومه » .

(فصل) يجوز قبول هدية الكفار من أهل الحرب لأن النبي (ص) قبل هدية المقوقس صاحب مصر فإن كان ذلك في حال الغزو فقال أبو الخطاب ما أهداه المشركون لأمير الجيش أو لبعض قواده فهو غنيمة لأنه لا يفعل ذلك الا لخوفه من المسلمين ، فظاهر هذا أن ما أهدى لآحاد الرعية فهو له ، وقال القاضي هو غنيمة أيضاً وان كان من دار الحرب الى دار الاسلام فهو لمن أهدى له سواء كان الامام أو غيره لأن النبي (ص) « قبل الهدية » فكانت له دون غيره وهذا قول الشافعي ومحمد ، وقال أبو حنيفة هو للمهدى له بكل حال لانه خص بها أشبه إذا كان في دار الاسلام وحكى ذلك رواية عن أحمد .

ولنا أنه أخذ ذلك بظهر الجيش أشبه ما لو أخذه قهرا ولانه اذا أهدى للامام أو الامير فالظاهر أنه يداري عن نفسه به فأشبه ما أخذ منه قهرا ، وأما ان أهدى لآحاد المسلمين فلم يقصد به ذلك في الظاهر لعدم الخوف منه فيكون له كما لو أهدى اليه في دار الاسلام ، ويحتمل أن ينظر فإن كان بينهما مهاداة قبل ذلك فله ما أهدى اليه ، وان تجدد ذلك بالدخول الى دارهم فهو للمسلمين كقولنا في الهدية الى القاضي .

كتاب الجزية

وهى الوظيفة المأخوذة من الكافر لاقامته بدار الإسلام فى كل عام وهى فعلة من جزى يجزى إذا قضى. قال الله تعالى « واتقوا يوما لا تجزى نفس عن نفس شيئاً » تقول العرب جزيت دينى إذا قضيته ، والأصل فيها الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) .

وأما السنة فما روى المغيرة بن شعبة « أنه قال لجند كسرى يوم نهاوند أمرنا نبينا رسول ربنا أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده أو تؤدوا الجزية » أخرجه البخارى ، وعن بريدة أنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا بعث أميراً على سرية أو جيش أوصاه بتقوى الله تعالى فى خاصة نفسه وبمن معه من المسلمين خيراً وقال له « إذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى إحدى خصال ثلاث ادعهم الى الاسلام فإن أجابوك فاقبل وكف عنهم فإن أبوا فادعهم الى إعطاء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فإن أبوا فاستعن بالله وقاتلهم » فى أخبار كثيرة وأجمع المسلمون على جواز أخذ الجزية فى الجملة .

« مسألة » قال (ولا تقبل الجزية الا من يهودى أو نصرانى أو مجوسى إذا كانوا مقيمين على ما عوهدوا عليه)

وجملته : أن الذين تقبل منهم الجزية صنفان أهل كتاب ومن له شبهة كتاب فأهل الكتاب اليهود والنصارى ومن دان بدينهم كالسامرة يدينون بالتوراة ويعملون بشريعة موسى عليه السلام وإنما خالفوهم فى فروع دينهم وفرق النصارى من اليعقوبية والنسطورية والملكية والفرنجة والروم والأرمن وغيرهم ممن دان بالانجيل وانتسب الى عيسى عليه السلام والعمل بشريعته فكلهم من أهل الانجيل ومن عدا هؤلاء من الكفار فليس من أهل الكتاب بدليل قول الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) واختلف أهل العلم فى الصابئين

فروى عن أحمد أنهم جنس من النصارى ، وقال فى موضع آخر بلغنى أنهم يسبتون فهؤلاء إذا اسبتوا فهم من اليهود .

وروى عن عمر أنه قال هم يسبتون ، وقال مجاهد هم بين اليهود والنصارى وقال السدى والربيع هم من أهل الكتاب وتوقف الشافعى فى أمرهم والصحيح أنه ينظر فيهم فإن كانوا يوافقون أحد أهل الكتابين فى نبيهم وكتابهم فهم منهم وان خالفوهم فى ذلك فليس هم من أهل الكتاب .

ويروى عنهم أنهم يقولون ان الفلك حى ناطق وأن الكواكب السبعة آلهه فإن كانوا كذلك فهم كعبدة الأوثان ، وأما أهل صحف إبراهيم وشيث وزبور داود فلا تقبل منهم الجزيه لأنهم من غير الطائفتين ولأن هذه الصحف لم تكن فيها شرائع إنما هى مواعظ وأمثال كذلك وصف النبى صلى الله عليه وسلم صحف ابراهيم وزبور داود فى حديث أبى ذر .

وأما الذين لهم شبهة كتاب فهم المجوس فإنه يروى أنه كان لهم كتاب فرفع فصار لهم بذلك شبهة أوجبت حقن دمائهم وأخذ الجزية منهم ولم ينتهض فى إباحة نكاح نسائهم ولا ذبائحهم دليل ، هذا قول أكثر أهل العلم ، ونقل عن أبى ثور أنهم من أهل الكتاب وتحل نساؤهم وذبائحهم لما روى عن على رضى الله عنه أنه قال « أنا أعلم النـــاس بالمجوس كان لهم علم يعلمونه وكتاب يدرسونه ، وأن ملكهم سكر فوقع على بنته وأخته فاطلع عليه بعض أهل مملكته فلما صحا جاءوا يقيمون عليه الحد فامتنع منهم ودعى أهل مملكته وقال : أتعلمون دينا خيراً من دين آدم وقد أنكح بنيه بناته فأنا على دين آدم . قال فتابعـــه قوم وقاتلوا الذين يخالفونهم حتى قتلوهم فأصبحوا وقد أسرى بكتابهم ورفع العلم الذى فى صدورهم فهم أهل كتاب وقد أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر — وأراه قال وعمر — منهم الجزية » رواه الشافعى وسعيد وغيرهما ولأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » .

ولنا قول الله تعالى (أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا) والمجوس من غير الطائفتين ، وقول النبى صلى الله عليه وســـلم « سنوا بهم سنة

أهل الكتاب ، يدل على أنهم غيرهم ، وروى البخارى باسناده عن بجالة (١) أنه قال ولم يكن عمر أخذ الجزية من المجوس حتى حدثه عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر ولو كانوا أهل كتاب لما وقف عمر فى أخذ الجزية منهم مع أمر الله تعالى بأخذ الجزية من أهل الكتاب وما ذكروه هو الذى صار لهم به شبهة الكتاب .

وقد قال أبو عبيد : لا أحسب ما رووه عن على فى هذا محفوظا ولو كان له أصل لما حرم النبي صلى الله عليه وسلم نساءهم وهو كان أولى بعلم ذلك ، ويجوز أن يصح هذا مع تحريم نسائهم وذبائحهم لأن الكتاب المبيح لذلك هو الكتاب المنزل على احدى الطائفتين وليس هؤلاء منهم ، ولأن كتابهم رفع فلم ينتهض للإباحة . ويثبت به حقن دمائهم .

وأما قول أبي ثور فى حل ذبائحهم ونسائهم فيخالف الاجماع فلا يلتفت اليه ، وقوله عليه السلام « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » فى أخذ الجزية منهم .

اذا ثبت هذا : فإن أخذ الجزية من اهل الكتاب والمجوس ثابت بالاجماع لا نعلم فى هذا خلافا فان الصحابة رضي الله عنهم اجمعوا على ذلك وعمل به الخلفاء الراشدون ومن بعدهم الى زمننا هذا من غير نكير ولا مخالف .

وبه يقول اهل العلم من أهل الحجاز والعراق والشام ومصر وغيرهم مع دلالة الكتاب على اخذ الجزية من اهل الكتاب ودلالة السنة على اخذ الجزية من المجوس بما روينا من قول المغيرة لأهل فارس امرنا نبينا ان نقاتلكم حتى تعبدوا الله وحده او تؤدوا الجزية .

وحديث بريدة وعبد الرحمن بن عوف ، وقول النبي (ص) « سنوا بهم سنة اهل الكتاب » ولا فرق بين كونهم عجماً او عرباً . وبهذا قال مالك والأوزاعي والشافعي وابو ثور وابن المنذر .

---

(١) هو بجالة بن عبد ، كاتب جزى بن معاوية عم الأحنف روى عنه عمرو ابن دينار وقشير بن عمر بن عوف الأعرابي ، سئل ابو زرعه عن بجالة بن عبد الذى روى عن ابن عباس . قال مكى : ثقة .

وقال أبو يوسف : لا تؤخذ الجزية من العرب لأنهم شرفوا بكونهم من رهط النبي صلى الله عليه وسلم .

ولنا عموم الآية وأن النبي صلى الله عليه وسلم « بعث خالد بن الوليد الى دومة الجندل فأخذ أكيدر دومة فصالحه على الجزية وهو من العرب » رواه أبو داود وأخذ الجزية من نصارى نجران وهم عرب ، وبعث معاذاً إلى اليمن فقال : إنك تأتى قوماً أهل كتاب « متفق عليه . وأمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً وكانوا عربا . قال ابن المنذر : ولم يبلغنا أن قوما من العجم كانوا سكانا باليمن حيث وجه معاذاً ، ولو كان لكان فى أمره أن يأخذ من جميعهم من كل حالم ديناراً دليل على أن العرب تؤخذ منهم الجزية .

وحديث بريدة فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأمر من بعثه على سرية أن يدعو عدوه إلى أداء الجزية . ولم يخص بها عجميا دون غيره ، وأكثر ما كان النبي صلى الله عليه وسلم يغزو العرب ، ولان ذلك إجماع ، فإن عمر رضى الله عنه أراد الجزية من نصارى بنى تغلب فأبوا ذلك وسألوه أن يأخذ منهم مثلما يأخذ من المسلمين ، فأبى ذلك عليهم حتى لحقوا بالروم ثم صالحهم على ما يأخذه منهم عوضا عن الجزية فالمأخوذ منهم جزية غير انه على غير صفة جزية غيرهم وما أنكر أخذ الجزية منهم أحد فكان ذلك إجماعا .

وقد ثبت بالقطع واليقين أن كثيراً من نصارى العرب ويهودهم كانوا فى عصر الصحابة فى بلاد الاسلام ، ولا يجوز إقرارهم فيها بغير جزية ، فثبت يقينا أنهم أخذوا الجزيه منهم وظاهر كلام الخرقى أنه لا فرق بين من دخل فى دينهم قبل تبديل كتابهم أو بعده ولا بين أن يكون ابن كتابيين أو ابن وثنيين أو ابن كتابى ووثنى .

وقال أبو الخطاب : من دخل فى دينهم بعد تبديل كتابهم لم تقبل منه الجزية ومن ولد بين أبوين أحدهما تقبل منه الجزية والآخر لا تقبل منه فهل تقبل منه؟ على وجهين ، وهذا مذهب الشافعى

ولنا عموم النص فيهم ، ولأنهم من أهل دين تقبل من أهله الجزية فيقرون بها كغيرهم وإنما تقبل منهم الجزية إذا كانوا مقيمين على ما عوهدوا عليه من بذل

الجزية والتزام أحكام الملة ، لأن الله تعالى أمر بقتالهم حتى يعطوا الجزية ، أى يلتزموا أداءها فما لم يوجد ذلك يبقوا على إباحة دمائهم وأموالهم

(فصل) ولا يجوز عقد الذمة المؤبدة إلا بشرطين :

أحدهما : أن يلتزموا اعطاء الجزية فى كل حول .

والثانى التزام أحكام الاسلام ، وهو قبول ما يحكم به عليهم من أداء حق أو ترك محرم لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث بريدة « فادعهم الى أداء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم » ولا تعتبر حقيقة الاعطاء ولا جريان الاحكام لان اعطاء الجزية انما يكون فى آخر الحول والكف عنهم فى ابتدائه عند البذل ، والمراد بقوله (حتى يعطوا) أى يلتزموا الاعطاء ويجيبوا الى بذله ، كقول الله تعالى (فإن تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم) والمراد به التزام ذلك دون حقيقته ، فان الزكاة انما يجب أداؤها عند الحول لقوله عليه السلام « لا زكاة فى مال حتى يحول عليه الحول »

« مسألة » قال (ومن سواهم فالاسلام أو القتل)

يعنى من سوى اليهود والنصارى والمجوس لا تقبل منهم الجزية ولا يقرون بها ولا يقبل منهم الا الاسلام فان لم يسلمون قتلوا ، هذا ظاهر مذهب احمد وروى عنه الحسن بن ثواب أنها تقبل من جميع الكفار الا عبدة الاوثان من العرب لان حديث بريدة يدل بعمومه على قبول الجزيه من كل كافر الا أنه خرج منه عبدة الاوثان من العرب لتغلظ كفرهم من وجهين :

أحدهما : دينهم

والثانى : كونهم من رهط النبى صلى الله عليه وسلم

وقال الشافعى : لا تقبل الا من أهل الكتاب والمجوس ، لكن فى أهل الكتب غير اليهود والنصارى ، مثل أهل صحف ابراهيم وشيث وزابور داود ومن تمسك بدين آدم وادريس وجهان .

أحدهما يقرون بالجزية لأنهم من أهل الكتاب فأشبهوا اليهود والنصارى .

وقال ابو حنيفة : تقبل من جميع الكفار إلا العرب لأنهم رهط النبي صلى الله عليه وسلم فلا يقرون على غير دينه وغيرهم يقر بالجزية لأنه يقر بالاسترقاق فأقروا بالجزية كالمجوس .

وعن مالك أنها تقبل من جميعهم إلا مشركي قريش لأنهم ارتدوا .

وعن الأوزاعي وسعيد بن عبد العزيز انها تقبل من جميعهم ؛ وهو قول عبد الرحمن بن يزيد بن جابر لحديث بريدة ، ولأنه كافر فيقر بالجزية كأهل الكتاب

ولنا قول الله تعالى (فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم) وقول النبي (ص) « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله ، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها » وهذا عام خص منه أهل الكتاب بالآية والمجوس بقول النبي صلى الله عليه وسلم سنوا بهم سنة أهل الكتاب فمن عداهم من الكفار يبقى على قضية العموم ، وقد بينا أن أهل الصحف من غير أهل الكتاب المراد بالآية فيما تقدم

(فصل) وإذا عقد الذمة لكفار زعموا أنهم من أهل الكتاب ثم تبين أنهم عبدة الأوثان فالعقد باطل من أصله ، وإن شككنا فيهم لم ينتقض عهدهم بالشك لان الاصل صحته ، فان أقر بعضهم بذلك دون بعض قبل من المقر في نفسه فانتقض عهده وبقي في حق من لم يقر بحاله .

« مسألة » قال (والمأخوذ منهم الجزية على ثلاث طبقات فيؤخذ من أدونهم اثنا عشر درهما ومن أوسطهم أربعة وعشرون درهما ومن أيسرهم ثمانية وأربعون درهما)

الكلام في هذه المسألة في فصلين . أحدهما : في تقدير الجزية .

والثاني : في كمية مقدارها ، فأما الأول ففيه ثلاث روايات

أحدها : انها مقدرة بمقدار لا يزاد عليه ولا ينقص منه ، وهذا قول ابي حنيفة والشافعي ، لان النبي صلى الله عليه وسلم فرضها مقدرة بقوله لمعاذ « خذ من كل حالم ديناراً أو عدله معافر » وفرضها عمر مقدرة بمحضر من الصحابة فلم ينكر

فكان إجماعا . والثانية : أنها غير مقدرة بل يرجع فيها الى اجتهاد الامام فى الزيادة والنقصان . قال الاثرم: قيل لأبي عبد الله فيزاد اليوم فيه وينقص ؟ يعنى الجزية قال نعم . يزاد فيه وينقص على قدر طاقتهم على قدر ما يرى الامام ، وذكر انه زيد عليهم فيما مضى درهمان فجعله خمسين .

قال الخلال : العمل فى قول ابى عبد الله على ما رواه الجماعة بأنه لا بأس للامام ان يزيد فى ذلك وينقص على ما رواه عنه أصحابه عنه فى عشرة مواضع فاستقر قوله على ذلك .

وهذا قول الثورى وابى عبيد لان النبى صلى الله عليه وسلم «أمر معاذاً أن يأخذ من كل حالم دينارا ، وصالح أهل نجران على ألفى حلة ، النصف فى صفر والنصف فى رجب » رواهما ابو داود

وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات : على الغنى ثمانية وأربعين درهما ، وعلى المتوسط أربعة وعشرين درهما ، وعلى الفقير اثنى عشر درهما ، وصالح بنى تغلب على مثلى ما على المسلمين من الزكاة . وهذا يدل على انها الى رأى الامام لولا ذلك لكانت على قدر واحد فى جميع هذه المواضع ولم يجز ان تختلف . قال البخارى: قال ابن عيينه عن ابى نجيح : قلت لمجاهد ما شأن أهل الشام عليهم أربعه دنانير وأهل اليمن عليهم دينار ؟ قال جعل ذلك من أجل اليسار ، ولانها عوض فلم تقدر كالاجرة .

والروايه الثالثه : ان اقلها مقدر بدينار وأكثرها غير مقدر ، وهو اختيار ابى بكر فتجوز الزيادة ولا يجوز النقصان ، لان عمر زاد على مافرض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينقص منه ، وروى انه زاد على ثمانيه وأربعين فجعلها خمسين

الفصل الثانى: اننا اذاقلنا بالروايه الاولى وانها مقدرة فقدرها فى حق الموسر ثمانيه وأربعون درهما وفى حق المتوسط اربعه وعشرون وفى حق الفقير اثناعشر ، وهذا قول ابى حنيفه . وقال مالك هى فى حق الغنى اربعون درهما او اربعه دنانير وفى حق الفقير عشرة دراهم او دينار . وروى ذلك عن عمر .

وقال الشافعى : الواجب دينار فى حق كل واحد لحديث معاذ « ان النبى صلى الله عليه وسلم امره ان يأخذ من كل حالم ديناراً » رواه أبو داود وغيره ،

إلا أن المستحب جعلها على ثلاث طبقات كما ذكرناه لنخرج من الخلاف قالوا وقضاء النبي صلى الله عليه وسلم أولى بالاتباع من غيره .

ولنا حديث عمر رضي الله عنه وهو حديث لا شك في صحته وشهرته بين الصحابة رضي الله عنهم وغيرهم ولم ينكره منكر ولا خلاف فيه وعمل به من بعده من الخلفاء رضي الله عنهم فصار إجماعا لا يجوز الخطأ عليه وقد وافق الشافعي على استحباب العمل به ، وأما حديث معاذ فلا يخلو من وجهين .

أحدهما أنه فعل ذلك لغلبة الفقر عليهم بدليل قول مجاهد لأن ذلك من أجل اليسار والوجه الثاني أن يكون التقدير غير واجب بل هو موكول الى اجتهاد الإمام ولأن الجزية وجبت صغاراً أو عقوبة فتختلف باختلاف أحوالهم كالعقوبة في البدن منهم من يقتل ومنهم من يسترق ولا يصح كونها عوضا عن سكنى الدار لأنها لو كانت كذلك لوجبت على النساء والصبيان والزمنى والمكافيف .

فصل

وحد اليسار في حقهم ما عده الناس غنى في العادة وليس بمقدر لأن التقديرات بابها التوقيف ولا توقيف في هذا فيرجع فيه الى العادة والعرف .

(فصل) إذا بذلوا الجزية لزم قبولها وحرم قتالهم لقول الله تعالى (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله — الى قوله — حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) فجعل إعطاء الجزية غاية لقتالهم ، فمتى بذلوها لم يجز قتالهم ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « فادعهم الى أداء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم » وان قلنا ان الجزية غير مقدرة الأكثر لم يحرم قتالهم حتى يجيبوا إلى بذل مالا يجوز طلب أكثر منه مما يحتمله حالهم .

(فصل) وتجب الجزية في آخر كل حول ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة تجب بأوله ويطالب بها عقيب العقد وتجب الثانية في أول الحول الثاني لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية) .

ولنا أنه مال يتكرر بتكرر الحول أو يؤخذ في آخر كل حول فلم يجب بأوله كالزكاة والدية ، وأما الآية فالمراد بها التزام إعطائها دون نفس الاعطاء ولهذا يحرم قتالهم بمجرد بذلها قبل أخذها .

(فصل) وتؤخذ الجزية مما يسر من أموالهم ولا يتعين أخذها من ذهب ولا فضة نص عليه أحمد : وهو قول الشافعي وأبى عبيد وغيرهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذاً الى اليمن « أمره أن يأخذ من كل حالم ديناراً أو عدله مغافر » وكان النبي صلى الله عليه وسلم يأخذ من نصارى نجران ألفي حلة ؛ وكان عمر يؤتى بنعم كثيرة يأخذها من الجزية .

وروى عن على رضى الله عنه أنه كان يأخذ الجزية من كل ذى صنعة من متاعه من صاحب الابر إبراً ، ومن صاحب المسال مسالا ، ومن صاحب الحبال حبالا ثم يدعو الناس فيعطيهم الذهب والفضة فيقتسمونه ثم يقول خذوا فاقتسموا فيقولون لا حاجة لنا فيه فيقول أخذتم خياره وتركتم شراره لتحملنه .

وإذا ثبت هذا . فإنه يؤخذ بالقيمة لقوله عليه السلام « أو عدله مغافر »

(فصل)

ولا يصح عقد الذمة والهدنة الا من الامام أو نائبه وبهذا قال الشافعي ولا نعلم فيه خلافا لأن ذلك يتعلق بنظر الإمام وما يراه من المصلحة ، ولأن عقد الذمة عقد مؤبد فلم يجز أن يفتات به على الامام فان فعله غير الامام أو نائبه لم يصح لكن إن عقده على مالا يجوز أن يطلب منهم أكثر منه لزم الامام إجابتهم اليه وعقدها عليه .

(فصل) ويجوز أن يشرط عليهم فى عقد الذمة ضيافة من يمر بهم من المسلمين لما روى الامام أحمد باسناده عن الاحنف بن قيس أن عمر شرط عليهم ضيافة يوم وليلة وأن يصلحوا القناطر وان قتل رجل من المسلمين بأرضهم فعليهم ديته قال ابن المنذر : وروى عن عمر أنه قضى على أهل الذمة ضيافة من يمر بهم من المسلمين ثلاثة أيام وعلف دوابهم وما يصلحهم .

وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب على نصارى أيلة ثلثمائة دينار وكانوا ثلثمائة نفس فى كل سنة وأن يضيفوا من مر بهم من المسلمين ثلاثة أيام ولأن فى هذا ضربا من المصلحة لأنهم ربما امتنعوا من مبايعة المسلمين اضراراً بهم فإذا شرطت عليهم الضيافة أمن ذلك وان لم تشرط الضيافة عليهم لم تجب ، ذكره القاضي ، وهو مذهب الشافعي ، ومن اصحابنا من قال تجب بغير شرط لوجوبها

على المسلمين والأول أصح لأنه أداء مال فلم يجب بغير رضاهم كالجزية فإن شرطها عليهم فامتنعوا من قبولها لم تعقد لهم الذمة ، وقال الشافعي : لا يجوز قتالهم عليها ولنا أنه شرط سائغ امتنعوا من قبوله فقوتلوا عليه كالجزية .

(فصل) ذكر القاضي أنه اذا شرط الضيافة فإنه يبين أيام الضيافة وعدد من يضاف من الرجالة والفرسان فيقول تضيفون في كل سنة مائة يوم عشرة من المسلمين من خبز كذا وأدم كذا وللفرس من التبن كذا ومن الشعير كذا فإن شرط الضيافة مطلقا صح في الظاهر لأن عمر رضي الله عنه شرط عليهم ضيافة من يمر بهم من المسلمين من غير عدد ولا تقدير .

قال أبو بكر : اذا أطلق مدة الضيافة فالواجب يوم وليلة لأن ذلك الواجب على المسلمين ولا يكلفون الذبيحة ولا ضيافتهم بأرفع من طعامهم لانه يروى عن عمر أنه شكى اليه أهل الذمة أن المسلمين يكلفونهم الذبيحة فقال أطعموهم مما تأكلون ، وقال الاوزاعي ولا يكلفون الذبيحة ولا الشعير .

وقال القاضي : اذا وقع الشرط مطلقا لم يلزمهم الشعير ، ويحتمل أن يلزمهم ذلك للخيل لان العادة جارية به فهو كالخبز للرجل، وللمسلمين النزول في الكنائس والبيع فان عمر رضي الله عنه صالح أهل الشام على أن يوسعوا أبواب بيعهم وكنائسهم لمن يجتاز بهم من المسلمين ليدخلوها ركبانا ، فان لم يجدوا مكانا فلهم النزول في الأفنية وفضول المنازل وليس لهم تحويل صاحب المنزل منه ، والسابق الى منزل أحق به ممن يأتي بعده فان امتنع بعضهم من القيام بما شرط عليه أجبر عليه ، فان امتنع الجميع اجبروا ، فان لم يمكن الا بالمقاتلة قوتلوا ، فان قاتلوا فقد نقضوا العهد .

(فصل) وتقسم الضيافة بينهم على قدر جزيتهم فان جعل الضيافة مكان الجزيه جاز لما روى أن عمر رضي الله عنه كتب لراهب من أهل الشام اني ان وليت هذه الأرض اسقطت عنك خراجك فلما قدم الجابيه وهو امير المؤمنين جاءه بكتابه فعرفه ، وقال اني جعلت لك ما ليس لي ولكن اختر ان شئت أداء الخراج وان شئت ان تضيف المسلمين ، فاختار الضيافة ، ويشترط

عليه ضيافة يبلغ قدرها أقل الجزية إذا قلنا الجزية مقدرة الأقل لئلا ينقص خراجه عن أقل الجزية وذكر أن من الشروط الفاسدة اشتراط الاكتفاء بضيافتهم عن جزيتهم ، لأن الله تعالى أمر بقتالهم ممدوداً الى إعطاء الجزية ، فإذا لم يعطها كان قتالهم مباحا ، ووجه الأول أن هذا اشتراط مال يبلغ قدر الجزية لجاز كما لو شرط عليهم عدل الجزية مغافر .

(فصل) وإذا شرط فى عقد الذمة شرطا فاسداً مثل أن يشترط أن لا جزية عليهم أو إظهار المنكر أو إسكانهم الحجاز أو إدخالهم الحرم ونحو هذا ، فقال القاضى يفسد العقد به لأنه شرط فعل محرم فأفسد العقد كما لو شرط قتال المسلمين ويحتمل أن يفسد الشرط وحده ، ويصح العقد بناء على الشروط الفاسدة فى البيع والمضاربة .

« مسألة » قال (ولا جزية على صبي ولا زائل العقل ولا إمرأة)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى هذا ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأصحابه والشافعى وأبو ثور ، وقال ابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافهم ، وقد دل على صحة هذا « أن عمر رضى الله عنه كتب الى أمراء الاجناد أن اضربوا الجزية ولا تضربوها على النساء والصبيان ، ولا تضربوها الا على من جرت عليه المواسى رواه سعيد وأبو عبيد والاثرم .

وقول النبى (ص لمعاذ « خذ من كل حالم ديناراً » دليل على أنها لا تجب على غير بالغ ، ولأن الدية تؤخذ لحقن الدم وهؤلاء دماؤهم محقونة بدونها .

(فصل) وان بذلت المرأة الجزية أخبرت أنها لا جزية عليها ، فان قالت : فأنا أتبرع بها أو أنا أؤديها قبلت منها ولم تكن جزية بل هبة تلزم بالقبض ، فإن شرطته على نفسها ثم رجعت كان لها ذلك وان بذلت الجزية لتصير الى دار الاسلام مكنت من ذلك بغير شيء ولكن يشترط عليها التزام أحكام الاسلام وتعقد لها الذمة ولا يؤخذ منها شيء الا أن تتبرع به بعد معرفتها أنه لا شيء عليها ، وإن أخذ منها شيء على غير ذلك رد اليها لانها بذلته معتقدة أنه عليها وأن دمها لا يحقن إلا به فأشبه من أدى مالا الى من يعتقد أنه له فتبين أنه ليس له ، ولو حاصر

المسلمون حصنا ليس فيه الا نساء فبذلن الجزية لتعقد لهن الذمة عقدت لهن بغير شيء وحرم استرقاقهن كالتي قبلها سواء .

فان كان في الحصن معهن رجال فسألوا الصلح لتكون الجزية على النساء والصبيان دون الرجال لم تصح لأنهم جعلوها على غير من هي عليه وبرءوا من تجب عليه وان بذلوا جزية عن الرجال ويؤدوا عن النساء والصبيان من أموالهم جاز وكان ذلك زيادة في جزيتهم ، وان كان من أموال النساء والصبيان لم يجز لأنهم يجعلون الجزية على من لا تلزمه ، فان كان القدر الذي بذلوه من أموالهم مما يجزىء في الجزية أخذ منهم وسقط الباقي .

فصل

ومن بلغ من أولاد أهل الذمة أو أفاق من مجانينهم فهو من أهلها بالعقد الاول لا يحتاج الى استئناف عقد له .

وقال القاضي في موضع هو مخير بين التزام العقد وبين أن يرد الى مأمنه ، فان اختار الذمة عقدت له والا ألحق بمأمنه ، وهو قول الشافعي .

ولنا أنه لم يأت عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن احد من خلفائه تجديد العقد لهؤلاء ، ولان العقد يكون مع ساداتهم فيدخل فيه سائرهم ولأنه عقد عهد مع الكفار فلم يحتج الى استئنافه لذلك كالهدنه ، ولأن الصغار والمجانين دخلوا في العقد فلم يحتج الى تجديده لهم عند تغير احوالهم كغيرهم ، ولانه عقد دخلوا فيه فيلزمهم بعد البلوغ والافاقة كالاسلام .

إذا ثبت هذا : فان كان البلوغ والافاقه في اول حول قومه اخذ منه في آخره معهم ، وان كان في اثناء الحول اخذ منه عند تمام الحول بقسطه ولم يترك حتى يتم حوله لئلا يحتاج الى إفراده بحول وضبط حول كل إنسان منهم وربما افضى إلى ان يصير لكل واحد حول منفرداً .

(فصل) ومن كان يجن ويفيق فله ثلاثة احوال .

احدها . ان يكون جنونه غير مضبوط مثل من يفيق ساعه من يوم او ايام او يصرع ساعة من يوم او ايام فهذا يعتبر حاله بالاغلب لأن مدة الافاقة غير ممكن مراعاتها لتعذر ضبطها .

والثانى : أن يكون مضبوطا مثل من يجن يوماً ويفيق يومين أو أقل من ذلك أو أكثر إلا انه مضبوط ففيه وجهان .

أحدهما : يعتبر الأغلب من حاله ، وهذا مذهب ابى حنيفة رضى الله عنه لأنه يجن ويفيق فيعتبر الأغلب من حاله كالاول

والثانى : تلفق أيام إفاقته لأنه لو كان مفيقا فى الكل وجبت الجزية ، فإذا وجدت الافاقة فى بعض الحول وجب فيما يجب به لو انفرد ، فعلى هذا الوجه فى أخذ الجزية وجهان :

أحدهما : ان أيامه تلفق فإذا كملت حولا أخذت منه ، لأن أخذها قبل ذلك أخذ لجزيته قبل كمال الحول فلم يجز كالصحيح .

والثانى : يؤخذ منه فى آخر كل حول بقدر ما أفاق منه ، كما لو أفاق فى بعض الحول إفاقة مستمرة ، وإن كان يجن ثلث الحول ويفيق ثلثيه أو بالعكس ففيه الوجهان كما ذكرنا ، فإن استوت إفاقته وجنونه ، مثل من يجن يوماً ويفيق يوماً أو يجن نصف الحول ويفيق نصفه عادة لفقت إفاقته لأنه تعذر اعتبار الأغلب لعدمه فتعين الاحتمال الآخر .

الحال الثالث : أن يجن نصف حول ثم يفيق إفاقة مستمرة أو يفيق نصفه ثم يجن جنونا مستمراً فلا جزية عليه فى الثانى وعليه فى الأول من الجزية بقـــدر ما أفاق من الحول على ما تقدم شرحه والله أعلم

« مسألة » قال (ولا على فقير)

يعنى الفقير العاجز عن أدائها ، وهذا أحد أقوال الشافعى ، وقال فى الآخر يجب عليه لقوله عليه السلام « خذ من كل حالم ديناراً » ولأن دمه غير محقون فلا تسقط عنه الجزية كالقادر عليه .

ولنا أن عمر رضى الله عنه جعل الجزية على ثلاث طبقات ، جعل أدناها على الفقير المعتمل ، فيدل على أن غير المعتمل لا شىء عليه ، ولأن الله تعالى قال (لا يكلف الله نفسا الا وسعها) ولأن هذا مال يجب بحلول الحول فلا يلزم الفقير

العاجز كالزكاة والعقل : ولأن الخراج ينقسم الى خراج أرض وخراج رءوس ثم ثبت أن خراج الارض على قدر طاقتها ومالا طاقة له لا شيء عليه كذلك خراج الرءوس . وأما الحديث فيتناول الاخذ ممن يمكن الاخذ منه ، ومن لا يمكن الاخذ منه فالاخذ منه مستحيل فكيف يؤمر به ؟

« مسألة » قال (ولا شيخ فان ولا زمن ولا أعمى)

هؤلاء الثلاثة ومن فى معناهم ممن به داء لا يستطيع معه القتال ولا يرجى برؤه لا جزية عليهم ، وهو قول أصحاب الرأى ، وقال الشافعى فى أحد قوليه : عليهم الجزية بناء على قتلهم ، وقد سبق قولنا فى أنهم لا يقتلون فلا تجب عليهم الجزية كالنساء والصبيان .

« مسألة » قال (ولا على سيد عبد عن عبده اذا كان السيد مسلما)

لا خلاف فى هذا نعلمه لأنه يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا جزية على العبد » وعن ابن عمر مثله ، ولأن ما لزم العبد إنما يؤديه سيده فيؤدى إيجابه على عبد المسلم الى إيجاب الجزيه على مسلم

فأما إن كان العبد لكافر فالمنصوص عن احمد انه لا جزية عليه أيضا، وهو قول عامة أهل العلم .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أنه لا جزية على العبد ، وذلك لما ذكر من الحديث ولانه محقون الدم فأشبه النساء والصبيان أو لا مال له فأشبه الفقير العاجز ، ويحتمل كلام الخرقى إيجاب الجزيه عليه يؤديها سيده ، وروى ذلك أيضا عن احمد ، وروى عن عمر بن الخطاب انه قال : لا تشتروا رقيق أهل الذمة ولا مما فى أيديهم لانهم اهل خراج يبيع بعضهم بعضا ولا يقرن أحدكم بالصغار بعد إذ أنقذه الله منه

قال احمد : أراد أن يوفر الجزيه لان المسلم اذا اشتراه سقط عنه اداء مايؤخذ منه والذمى يؤدى عنه وعن مملوكه خراج جماجمهم ، وروى عن على مثل حديث عمر ولانه ذكر مكاف قوى مكتسب فوجبت عليه الجزية كالحر والاول أولى

(فصـــل)

ومن بعضه حر فقياس المذهب أن عليه من الجزية بقدر ما فيه من الحرية لأنه حكم يتجزأ يختلف بالرق والحرية فيقسم على قدر ما فيه كالارث .

(فصـل) ولا جزية على أهل الصوامع من الرهبان ويحتمل وجوبها عليهم وهذا أحد قولي الشـافعي . وروى عن عمر بن عبد العزيز انه فرض على رهبان الديارات الجزية على كل راهب دينارين . ووجه ذلك عموم النصوص ، ولأنه كافر صحيح قادر على أداء الجزية فأشبه الشماس

ووجه الأول أنهم محقونون بدون الجزية فلم تجب عليهم كالنساء ، وقد ذكرنا أنه يحرم قتلهم ، والنصوص مخصوصة بالنساء وهؤلاء في معناهن ، ولأنه لا كسب له فأشبه الفقير غير المعتمل .

« مسألة » قال (ومن وجبت عليه الجزية فأسلم قبل أن تؤخذ منه سقطت عنه الجزية)

وجملته أن الذمي إذا أسلم في أثناء الحول لم تجب عليه الجزية وان أسلم بعد الحول سقطت عنه ، وهذا قول مالك والثوري وابي عبيد وأصحاب الرأي . وقال الشـافعي وابو ثور وابن المنذر : إن أسلم بعد الحول لم تسقط لأنها دين يستحقه صاحبه واستحق المطالبة به في حال الكفر فلم يسقط بالاسـلام كالخراج وسائر الديون ، وللشافعي فيما إذا أسلم في أثناء الحول قولان

أحدهما : عليه من الجزية بالقسط كما لو أفاق بعد الحول

ولنا قول الله تعـالى (قل للذين كفروا إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف) وروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ليس على المسلم جزية » رواه الخلال ، وذكر أن احمد سئل عنه فقال : ليس يرويه غير جرير . قال احمد وقد روى عن عمر انه قال : ان أخذها في كفه ثم أسلم ردها عليه . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « لا ينبغي للمسلم ان يؤدي الخراج » يعني الجزية وروى أن ذميا أسلم فطولب بالجزية وقيل انما أسلمت تعوذاً ، قال ان في الاسلام معاذاً ، فرفع الى عمر فقال عمر : ان في الاسـلام معاذاً ، وكتب ألا تؤخذ منه

الجزية . رواه ابو عبيد بنحو من هذا المعنى ، ولأن الجزية صغار فلا تؤخذ منه كما لو أسلم قبل الحول ، ولأن الجزيه عقوبه تجب بسبب الكفر فيسقطها الاسلام كالقتل ، وبهذا فرق سائر الديون .

(فصـــل)

وان مات الذمى بعد الحول لم تسقط الجزية عنه فى ظاهر كلام أحمد ، ذكره أحمد وهو مذهب الشافعى

وحكى أبو الخطاب عن القاضى انها تسقط بالموت . وهو قول ابى حنيفة . ورواه أبو عبيد عن عمر بن عبدالعزيز لانها عقوبة فتسقط بالموت كالحدود ، ولانها تسقط بالاسلام فتسقط بالموت كما قبل الحول

ولنا انه دين وجب عليه فى حياته فلم يسقط بموته كديون الآدميين ، والحد يسقط بفوات محله وتعذر استيفائه بخلاف الجزية ، وفارق الاسلام فإنه الاصل والجزية بدل عنه ، فإذا أتى بالاصل استغنى عن البدل كمن وجد الماء لا يحتاج معه الى التيمم بخلاف الموت ، ولان الاسلام قربة وطاعة يصلح أن يكون معاذاً من الجزيه كما ذكر عمر رضى الله عنه والموت بخلافه

(فصـل) ولا تتداخل الجزيه بل اذا اجتمعت عليه جزية سنين استوفيت منه كلها ، وبهذا قال الشـــافعى ، وقال أبو حنيفة تتداخل لأنها عقوبة فتتداخل كالحدود ، ولنا أنها حق مال يجب فى آخر كل حول فلم تتداخل كالدية

« مسألة » قال (واذا أعتق لزمته الجزيه لمـــا يستقبل ، سواء كان المعتق له مسلما أو كافرا)

هذا الصحيح عن احمد رواه عنه جماعة ، وروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز وبه قال سفيان والليث وابن لهيعة والشـافعى وابو ثور وأصحاب الرأى ، وعن احمد يقر بغير جزية ، وروى نحو هذا عن الشعبي لان الولاء شعبة من الرق وهو ثابت عليه ، ووهن الخلال هـذه الروايه وقال : هذا قول قديم رجع عنه أحمد والعمل على ما رواه الجماعه ، وعن مالك كقول الجماعه ، وعنه ان كان المعتق له مسلما فلا جزية عليه لان عليه الولاء لمسلم فأشبه ما لو كان عليه الرق

ولنا : أنه حر مكلف موسر من أهل القتل فلم يقر فى دارنا بغير جزية كالحر الأصلى فإذا ثبت هذا فإن حكمه فيما يستقبل من جزيته حكم من بلغ من صبيانهم أو أفاق من مجانينهم على ما مضى

« مسألة » قال (ولا تؤخذ الجزية من نصارى بنى تغلب وتؤخذ الزكاة من أموالهم ومواشيهم وثمرهم مثلى ما يؤخذ من المسلمين)

بنو تغلب بن وائل من العرب من ربيعة بن نزار ، انتقلوا فى الجاهلية إلى النصرانية فدعاهم عمر الى بذل الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض باسم الصدقة ، فقال عمر : لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم ، فقال النعمان بن زرعة : يا أمير المؤمنين ان القوم لهم بأس وشدة وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة ، فبعث عمر فى طلبهم فردهم وضعف عليهم من الابل من كل خمس شاتين ومن كل ثلاثين بقرة تبيعين ومن كل عشرين دينارا دينارا ، ومن كل مائتى درهم عشرة دراهم وفيما سقت السماء الخمس وفيما سقى بنضح أو غرب أو دولاب العشر فاستقر ذلك من قول عمر ولم يخالفه أحد من الصحابة فصار إجماعا ، وقال به الفقهاء بعد الصحابة ، منهم ابن أبى ليلى والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعى .

ويروى عن عمر بن عبد العزيز أنه أبى على نصارى بنى تغلب إلا الجزية ، وقال لا والله إلا الجزية وإلا فقد آذنتكم بالحرب والحجة لهذا عموم الآية فيهم وروى عن على رضى الله عنه أنه قال لئن تفرغت لبنى تغلب ليكونن لى فيهم رأى لأقتلن مقاتلتهم ولأسبين ذراريهم فقد نقضوا العهد وبرئت منهم الذمة حين نصروا أولادهم وذلك أن عمر رضى الله عنه صالحهم على أن لا ينصروا أولادهم والعمل على الاول لما ذكرنا من الإجماع ، وأما الاية فإن هذا المأخوذ منهم جزيه باسم الصدقة فإن الجزية يجوز أخذها من العروض .

(فصل) قال أصحابنا تؤخذ الصدقة مضاعفة من مال من تؤخذ منه الزكاه لو كان مسلما ، وهذا قول أبى حنيفة وأبى عبيد وذكر أنه قول أهل الحجاز فعلى هذا

تؤخذ من مال نسائهم وصبيانهم ومجانينهم وزمناهم ومكافيفهم وشيوخهم إلا ان أبا حنيفة لا يوجب الزكاة فى مال صبي ولا مجنون ، وكذا الواجب على بنى تغلب لا يجب فى مال صبى ولا مجنون إلا فى الأرض خاصة ، وذهب الشافعى إلى أن هذا جزية تؤخذ باسم الصدقة فلا تؤخذ ممن لا جزية عليه كالنساء والصبيان والمجانين قال : وقد روى عن عمر أنه قال هؤلاء حمق رضوا بالمعنى وأبو الاسم

وقال النعمان بن زوعة : خذ منهم الجزية باسم الصدقة ولأنهم أهل ذمة فكان الواجب عليهم جزية لا صدقة كغيرهم من أهل الذمه ، ولأنه مال يؤخذ من أهل الكتاب لحقن دمائهم ومساكنهم فكان جزيه كما لو أخذ باسم الجزيه ، يحققه أن الزكاة طهرة وهؤلاء لاطهرة لهم ، فعلى هذا يكون مصرف المأخوذ منهم مصرف الفيء لا مصرف الصدقات وهذا أقيس .

واحتج أصحابنا بأنهم سألوا عمر أن يأخذ منهم ما يأخذ بعضكم من بعض ، فأجابهم عمر اليه بعد الامتناع منه والذى يأخذه بعضنا من بعض هو الزكاة من كل مال زكوى لأى مسلم كان من صغير وكبير وصحيح ومريض ، كذلك المأخوذ من بنى تغلب ، ولأن نساءهم وصبيانهم صينوا عن السبي بهذا الصلح ودخلوا فى حكمه لجاز أن يدخلوا فى الواجب به كالرجال العقلاء وعلى هذا من كان منهم فقيراً أو له مال غير زكوى كالدور وثياب البذلة وعبيد الخدمه لاشيء عليه ، كما لا يجب ذلك على أهل الزكاة من المسلمين ، ولا تؤخذ مما لم يبلغ نصابا ، وأما مصرف المأخوذ منهم ، فاختار القاضى أن مصرفه مصرف الفيء لأنه مأخوذ من مشرك ولأنه جزيه مسماة بالصدقه .

وقال أبو الخطاب مصرفه الى أهل الصدقات لأنه مسمى باسم الصدقه مسلوك به ـ فيمن يؤخذ منه ـ مسلك الصدقه فيكون مصرفه مصرفها ، والاول أقيس وأصح لأن معنى الشيء أخص به من اسمه ولهذا لو سمى رجل اسداً أو نمرا أو اسود أو احمر لم يصر له حكم المسمى بذلك ، ولأن هذا لو كان صدقه على الحقيقه لجاز دفعها إلى فقراء من اخذت منهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « أعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ من اغنيائهم فترد فى فقرائهم » .

فصـــل

فإن بذل التغلبي أداء الجزية وتحط عنه الصدقة لم يقبل منه لأن الصلح وقع على هذا فلا يغير : ويحتمل أن يقبل منه لقول الله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد) وهذا قد أعطى الجزية ، وان كان باذل الجزية منهم حربيا قبلت منه للآية وخبر بريدة « ادعهم الى أداء الجزية فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم » ولأنه لم يدخل فى صلح الأولين فلم يلزمه حكمه وهو كتابى باذل للجزية فيحقن بها دمه ، وان أراد امام نقض صلحهم وتجديد الجزية عليهم كفعل عمر بن عبدالعزيز لم يكن له ذلك لأن عقد الذمة على التأبيد وقد عقده معهم عمر بن الخطاب فلم يكن لغيره نقضه ما داموا على العهد .

(فصـــل) فأما سائر أهل الكتاب من النصارى واليهود العرب وغيرهم فالجزية منهم مقبوله ، ولا يؤخذون بما يؤخذ به نصارى بنى تغلب نص أحمد على هذا ، ورواه عن الزهرى قال ونذهب الى أن يأخذ من مواشى بنى تغلب خاصة الصدقة ويضعفـــ عليهم كما فعل عمر رضى الله عنه .

وذكر القاضى وأبو الخطاب أن حكم من تنصر من تنوخ وبهرا أو تهود من كنانه وحمير وتمجس من تميم حكم بنى تغلب سواء ، وذكر ذلك عن الشافعى نص عليه فى تنوخ وبهرا لانهم من العرب فأشبهوا بنى تغلب .

ولنا عموم قوله تعالى (حتى يعطوا الجزيه عن يد وهم صاغرون) وأن النبى صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى اليمن فقال « خذ من كل حالم دينارا » وهم عرب وقبل الجزيه من أهل نجران وهم من بنى الحارث بن كعب .

قال الزهرى : أول من أعطى الجزيه أهل نجران وكانوا نصارى . واخذ الجزيه من اكيدر دومه وهو عربى ، وحكم الجزيه ثابت بالكتاب والسنه فى كل كتابى عربياً كان او غير عربى الا ما خص به بنو تغلب لمصالحة عمر إياهم ففيما عداهم يبقى الحكم على عموم الكتاب وشواهد السنه ولم يكن بين غير بنى تغلب وبين احد من الأئمه صلح كصلح بنى تغلب فيما بلغنا ولا يصح قياس غـــير بنى تغلب عليهم لوجوه .

أحدها : أن قياس سائر العرب عليهم يخالف النصوص التى ذكرناها ولا يصح قياس المنصوص عليه على ما تلزم منه مخالفة النص .

والثانى : أن العلة فى بنى تغلب الصلح ولم يوجد الصلح مع غيرهم ولا يصح القياس مع تخلف العلة .

الثالث : أن بنى تغلب كانوا ذوى قوة وشوكة لحقوا بالروم وخيف منهم الضرر ان لم يصالحو ولم يوجد هذا فى غيرهم فإن وجد هذا فى غيرهم فامتنعوا من أداء الجزية وخيف الضرر بترك مصالحتهم فرأى الإمام مصالحتهم على أداء الجزية باسم الصدقة جاز ذلك إذا كان المأخوذ منهم بقدر مايجب عليهم من الجزية أو زيادة .

قال على بن سعيد : سمعت أحمد يقول أهل الكتاب ليس عليهم فى مواشيهم صدقة ولا فى أموالهم إنما تؤخذ منهم الجزية الا أن يكونوا صولحوا على أن تؤخذ منهم كما صنع عمر فى نصارى بنى تغلب حين أضعف عليهم الصدقة فى صلحه إياهم ، وذكر هذا أبو إسحاق صاحب المهذب فى كتابه والحجة فى هذا قصة بنى تغلب وقياسهم عليهم إذا كانوا فى معناهم أما قياس من لم يصالح عليهم فى جعل جزيتهم صدقة فلا يصح والله أعلم .

(فصل)

وإذا اتجر نصرانى تغلبى فمر بالعاشر فقال أحمد يؤخذ منه العشر ضعف مايؤخذ من أهل الذمة ، وروى بإسناده عن زياد بن حدير « أن عمر بعثه مصدقا فأمر أن يأخذ من نصارى بنى تغلب العشر ومن نصارى أهل الكتاب نصف العشر » ورواه أبو عبيد .

وقال حديث داود بن كردوس والنعمان بن زرعه هو الذى عليه العمل أن يكون عليهم الضعف مما على المسلمين ألا تسمعه يقول من كل عشرين درهما درهما ؟ وانما يؤخذ من المسلمين إذا مروا بأموالهم ربع العشر من كل أربعين درهما درهم فذاك ضعف هذا ، وهذا ظاهر كلام الخرقى لقوله : مثلا مايؤخذ من المسلمين ، وهو أقيس فإن الواجب فى سائر أموالهم ضعف ما على المسلمين لا ضعف ما على اهل الذمه .

« مسألة » قال (ولا تؤكل ذبائحهم ولا تنكح نساؤهم فى إحدى الروايتين عن ابي عبد الله رحمه الله ، والروايه الاخرى تؤكل ذبائحهم وتنكح نساؤهم)

اختلفت الروايه عن ابي عبد الله فى اكل ذبائحهم ونكاح نسائهم فعنه لا يحل ذلك وهو قول على بن ابى طالب رضي الله عنه ومذهب الشافعي ولم يبح الشافعي ذبائح العرب من اهل الكتاب كلهم وكره ذبائح بنى تغلب عطاء وسعيد بن جبير ومحمد بن على والنخعى

وقال على رضى الله عنه إنهم لم يتمسكوا من دينهم إلا بشرب الخمر ولانه يحتمل انهم دخلوا فى دين الكفر بعد التبديل فلم يحل ذلك منهم.

والروايه الثانيه : تحل ذبائحهم ونساؤهم وهذا الصحيح عن أحمد رواه عنه الجماعه وكان آخر الروايتين عنه ، قال ابراهيم بن الحارث فكان آخر قوله على أنه لا يرى بذبائحهم بأسا ، وهذا قول ابن عباس ، وروى نحوه عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه وبه قال الحسن والنخعي والشعبي والزهرى وعطاء الخراساني والحكم وحماد واسحاق وأصحاب الرأى

قال الاثرم وما علمت أحداً كرهه من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم الا عليا وذلك لدخولهم فى عموم قوله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم) ولانهم أهل كتاب يقرون على دينهم ببذل المال فتحل ذبائحهم ونساؤهم كبنى اسرائيل .

«مسألة» قال (ومن يجز من أهل الذمه الى غير بلده أخذ منه نصف العشر فى السنه)

اشتهر هذا عن عمر رضى الله عنه وصحت الروايه عنه به ، وقال الشافعي ليس عليه الا الجزيه الا أن يدخل أرض الحجاز فينظر فى حاله ، فإن كان لرساله او نقل ميرة اذن له بغير شيء ، وان كان لتجارة لا حاجه بأهل الحجاز اليها لم يأذن له الا ان يشترط عليه عوضا بحسبما يراه والاولى ان يشترط نصف العشر لان عمر شرط نصف العشر على من دخل الحجاز من اهل الذمه

ولنا : قول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس على المسلمين عشور انما العشور على اليهود والنصارى » رواه ابو داود وروى الامام احمد عن سفيان عن هشام

عن أنس بن سيرين قال : بعثنى أنس بن مالك إلى العشور فقلت : تبعثنى إلى العشور من بين عمالك ؟ قال : أما ترضى أن أجعلك على ما جعلنى عليه عمر ابن الخطاب رضى الله عنه ؟ أمرنى أن آخذ من المسلمين ربع العشر ومن أهل الذمة نصف العشر . وهذا كان بالعراق

وروى أبو عبيد فى كتاب الأموال بإسناده عن لاحق بن حميد أن عمر بعث عثمان بن حنيف الى الكوفة فجعل على أهل الذمة فى أموالهم التى يختلفون فيها فى كل عشرين درهما درهما ، وقد ذكرنا حديث زياد بن حدير أن عمر أمره أن يأخذ من نصارى بنى تغلب العشر ومن نصارى أهل الكتاب نصف العشر وهذا كان بالعراق ، واشتهرت هذه القصص ولم تنكر فكانت إجماعا ، وعمل به الخلفاء بعده ولم يأت تخصيص الحجاز بنصف العشر فى شىء من الأحاديث علمناه لا عن عمر ولا عن غيره من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم بل ظاهر أحاديثهم أن ذلك فى غير الحجاز وما وجب من المال فى الحجاز وجب فى غيره كالديون والصدقات .

(فصل) ولا تؤخذ منهم فى السنة إلا مرة نص عليه أحمد فى رواية جماعة من أصحابه ، وقال كذا روى عن إبراهيم النخعى عن عمر حين كتب ألا يأخذ فى السنة إلا مرة . أن يأخذ من الذمى نصف العشر ، وهذا قول الشافعى فى الداخلين أرض الحجاز .

وروى الإمام احمد بإسناده قال : جاء رجل نصرانى الى عمر فقال : ان عاملك عشرنى فى السنة مرتين ، قال ومن أنت ؟ قال أنا الشيخ النصرانى ؛ قال عمر وأنا الشيخ الحنيف . ثم كتب الى عامله أن لاتعشروا فى السنة إلا مرة ، ولأن الجزية والزكاة إنما تؤخذ فى السنة مرة واحدة فكذلك هذا . اذا ثبت هذا فإنه متى أخذ منهم ذلك مرة كتب لهم حجة بأدائهم لتكون وثيقة لهم وحجة على من يمرون عليه فلا يعشرهم ثانية ، فإن مر ثانية بأكثر من المال الذى أخذ منه أخذ من الزيادة لأنها لم تعشر .

(فصل) ولا يؤخذ منهم من غير مال التجارة ، فلو مر بالعاشر منهم منتقل

ومعه أمواله أو سائمة لم يؤخذ منه شيء نص عليه أحمد ، وان كانت ماشيته للتجارة أخذ منه نصف عشرها ، واختلفت الروايه فى القدر الذى يؤخذ منه نصف العشر ، فروى عنه صالح من كل عشرين دينارا دينار ، يعنى فإذا نقصت من العشرين فليس عليه شيء لأن ما دون النصاب لا تجب فيه زكاة على مسلم ولا على تغلبى فلا يجب فيه على ذمى شيء كالذى دون العشرة .

وروى صالح أيضا أنه قال : اذا مروا بالعاشر فإن كانوا أهل الحرب أخذ منهم العشر من العشرة واحداً ، وان كانوا من أهل الذمة أخذ منهم نصف العشر من كل عشرين ديناراً دينارا فإذا نقصت فليس عليه شيء ، وان نقص مال الحربى من عشرة دنانير لم يؤخذ منه شيء ولا يؤخذ منهم إلا مرة واحدة ، المسلم والذمى فى ذلك سواء

وروى عن احمد : أن فى العشرة نصف مثقال وليس فيما دون العشرة شيء نص على هذا فى رواية ابى الحارث قال : قلت إذا كان مع الذمى عشرة دنانير ؟ قال تأخذ منه نصف دينار ، قلت فان كان معه أقل من عشرة دنانير ؟ قال اذا نقصت لم يؤخذ منه شيء ، وذلك لأن العشرة مال يبلغ واجبه نصف دينار فوجب فيه كالعشرين فى حق المسلم ، أو نقول مال معشور فوجب فى العشرة منه كمال الحربى

وقال ابن حامد : يؤخذ عشر الحربى ونصف عشر الذمى مما قل أو كثر لأن عمر قال « خذ من كل عشرين درهماً درهماً » ولأنه حق عليه فوجب فى قليله وكثيره كنصيب المالك فى أرضه التى عامله عليها

ولنا أنه عشر أو نصف عشر وجب بالشرع فاعتبر له نصاب كزكاة الزرع والثمر ، ولانه حق يتقدر بالحول فاعتبر له النصاب كالزكاة ، وأما قول عمر فالمراد به والله أعلم بيان قدر المأخوذ وأنه نصف العشر ، ومعناه إذا كان معه عشرة دنانير فخذ من كل عشرين درهما درهما لان فى صدر الحديث أن عمر بعث مصدقاً وأمره أن يأخذ من المسلمين من كل أربعين درهما درهما ومن أهل الذمة من كل عشرين درهما درهما ، ومن أهل الحرب من كل عشرة واحدا ، وانما يؤخذ ذلك من المسلم اذا كان معه نصاب فكذلك من غيره

(فصل) واختلفت الرواية عن احمد فى العاشر يمر عليه الذمى بخمر أو خنزير فقال فى موضع قال عمر ولوهم بيعها لا يكون إلا على الآخذ منها .

وروى بإسناده عن سويد بن غفلة فى قول عمر ، ولوهم بيع الخمر والخنزير بعشرها . قال أحمد إسناد جيد ، وممن رأى ذلك مسروق والنخعى وأبو حنيفة ، ووافقهم محمد بن الحسن فى الخمر خاصة . وذكر القاضى : أن أحمد نص على انه لا يؤخذ منهم شىء ، وبه قال عمر بن عبد العزيز وابو عبيد وابو ثور ، قال عمر ابن عبد العزيز : الخمر لا يعشرها مسلم .

وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن عتبة بن فرقد بعث اليه بأربعين ألف درهم صدقة الخمر ، فكتب اليه عمر : بعثت إلىّ بصدقة الخمر وأنت أحق بها من المهاجرين ، فأخبر بذلك الناس وقال : والله لا استعملتك على شىء بعدها قال فنزعه . قال أبو عبيد . ومعنى قول عمر رضى الله عنه « ولوهم بيعها وخذوا أنتم من الثمن . إن المسلمين كانوا يأخذون من أهل الذمة الخمر والخنازير من جزيتهم ، وخراج أرضهم بقيمتها ثم يتولى المسلمون بيعها فأنكره عمر ثم رخص لهم أن يأخذوا من أثمانها إذا كان أهل الذمة المتولين بيعها . وروى بإسناده عن سويد ابن غفلة أن بلالا قال لعمر : إن عمالك يأخذون الخمر والخنازير فى الخراج فقال لا تأخذوها منهم ولكن ولوهم بيعها وخذوا أنتم من الثمن

(فصل)

ويجوز أخذ ثمن الخمر والخنزير منهم على جزية رءوسهم وخراج أرضهم احتجاجا بقول عمر هذا ، ولأنها من أموالهم التى نقرهم على اقتنائها والتصرف فيها فجاز أخذ أثمانها منهم كثيابهم .

(فصل) وإذا مر الذمى بالعاشر وعليه دين بقدر ما معه أو ينقص عن النصاب فظاهر كلام احمد ان ذلك يمنع أخذ نصف العشر منه لأنه حق يعتبر له النصاب والحول فيمنعه الدين كالزكاة ؛ وان ادعى أن عليه دينا لم يقبل ذلك الا ببينة من المسلمين لأن الأصل براءة ذمته منه ، وان مر بجارية فادعى أنها ابنته أو اخته ففيه روايتان : إحداهما يقبل قوله . قال الخلال وهو أشبه القولين لأن الأصل عدم ملكه فيها . والثانية لا يقبل الا ببينة لأنها فى يده فأشبهت بهيمة

« مسألة » قال (واذا دخل الينا منهم تاجر حربى بأمان أخذ منه العشر)

وقال ابو حنيفه . لا يؤخذ منه شيء إلا أن يكونوا يأخذون منا شيئا فنأخذ منهم مثله لما روى عن ابى مجلز لاحق بن حميد قال : قالوا لعمر كيف نأخذ من أهل الحرب اذا قدموا علينا ؟ قال كيف يأخذون منكم إذا دخلتم اليهم ؟ قالوا العشر . قال فكذلك خذوا منهم .

وعن زياد بن حدير قال : كنا لا نعشر مسلما ولا معاهدا . قال من كنتم تعشرون ؟ قال كفار أهل الحرب فنأخذ منهم كما يأخذون منا

وقال الشافعي : إن دخل الينا بتجارة لا يحتاج اليها المسلمون لم يأذن له الإمام إلا بعوض يشرطه عليه ومهما شرط جاز ، ويستحب أن يشترط العشر ليوافق فعله فعل عمر رضى الله عنه ، وان أذن مطلقا من غير شرط فالمذهب انه لا يؤخذ منهم شيء لانه أمان من غير شرط فلم يستحق به شيء كالهدنه ، ويحتمل ان يجب العشر لأن عمر أخذه

ولنا ما رويناه فى المسألة التى قبلها وأن عمر أخذ منهم العشر واشتهر ذلك فيما بين الصحابة وعمل به الخلفاء الراشدون بعده والأئمة بعده فى كل عصر من غير نكير فأى إجماع يكون أقوى من هذا ؟ ولم ينقل انه شرط ذلك عليهم عند دخولهم ، ولا يثبت ذلك بالتخمين من غير نقل ، ولان مطلق الامر يحمل على المعهود فى الشرع ، وقد استمر أخذ العشر منهم فى زمن الخلفاء الراشدين فيجب أخذه ، فأما سؤال عمر عما يأخذون منا فانما كان لانهم سألوه عن كيفية الاخذ ومقداره ، ثم استمر الاخذ من غير سؤال ، ولو تقيد أخذنا منهم بأخذهم منا لوجب أن يسأل عنه فى كل وقت

(فصل) ويؤخذ منهم العشر من كل مال للتجارة فى ظاهر كلام الخرقى ، وقال القاضى : اذا دخلوا فى نقل ميرة بالناس اليها حاجة أذن لهم فى الدخول بغير عشر يؤخذ منهم ، وهذا قول الشافعى لان دخولهم نفع للمسلمين

ولنا عموم مارويناه وروى صالح عن أبيه عن عبد الرحمن بن مهدى عن مالك عن الزهرى عن سالم عن أبيه عن عمر انه كان يأخذ من النبط من القطنية العشر

ومن الحنطة والزبيب نصف العشر ليكثر الحمل الى المدينة وهذا يدل على أنه يخفف عنهم إذا رأى المصلحه فيه وله الترك أيضا إذا رأى المصلحة .

(فصل) ويؤخذ العشر من كل حربى تاجر ونصف العشر من كل ذمى تاجر سواء كان ذكراً أو أنثى أو صغيراً أو كبيراً .

وقال القاضى : ليس على المرأة عشر ولا نصف عشر سواء كانت حربية أو ذمية لكن ان دخلت الحجاز عشرت لأنها ممنوعة من الإقامة به ولا يعرف هذا التفصيل عن أحمد ولا يقتضيه مذهبه لأنه يوجب الصدقة فى أموال نساء بنى تغلب وصبيانهم ؛ وكذلك يوجب العشر أو نصفه فى مال النساء وعموم الأحاديث المروية ليس فيها تخصيص للرجال دون النساء وليس هذا بجزية وإنما هو حق يختص بمال التجارة لتوسعه فى دار الإسلام وانتفاعه بالتجارة فيها فيستوى فيه الرجل والمرأة كالزكاة فى حق المسلمين .

(فصل) ولا يعشرون فى السنة الا مرة ولا يؤخذ من أقل من عشرة دنانير نص عليهما أحمد .

وحكى عن أبى عبد الله بن حامد أن الحربى يعشر كلما دخل الينا ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى لأننا لو أخذنا منه مرة واحدة لا نأمن أن يدخلوا وإذا جاء وقت السنة الأخرى لم يدخلوا فتعذر الأخذ منهم .

ولنا أنه حق يؤخذ من التجارة فلا يؤخذ أكثر من مرة فى السنة كالزكاة ونصف العشر من الذمى ، وقولهم يفوت غير صحيح فإنه يؤخذ منه أول مايدخل مرة ويكتب الآخذ له بما أخذ منه فلا يؤخذ منه شيء حتى تمضى تلك السنة فإذا جاء فى العام الثانى أخذ منه فى أول ما يدخل وان لم يدخل فما فات من حق السنة الأولى شيء .

(فصل) وليس لأهل الحرب دخول دار الاسلام بغير أمان لأنه لا يؤمن أن يدخل جاسوساً أو متلصصا فيضر بالمسلمين فإن دخل بغير أمان سئل ، فإن قال جئت رسولا فالقول قوله لأنه تتعذر إقامه البينة على ذلك ولا تزال الرسل تأتى من غير تقدم أمان .

وإن قال جئت تاجراً نظرنا فإن كان معه متاع يبيعه قبل قوله أيضا وحقن دمه لأن العادة جارية بدخول تجارهم الينا وتجارنا اليهم ، وان لم تكن معه ما يتجر به لم يقبل قوله لأن التجارة لا تحصل بغير مال ، وكذلك مدعى الرسالة إذا لم يكن معه رسالة يؤديها أو كان ممن لا يكون مثله رسول ، وان قال أمنني مسلم فهل يقبل منه ؟ على وجهين .

أحدهما : يقبل تغليبا لحقن دمه كما يقبل من الرسول والتاجر .

والثاني : لا يقبل لان إقامة البينة عليه ممكنة ، فإن قال مسلم أنا أمنته قبل قوله لأنه يملك أن يؤمنه فقبل قوله فيه كالحاكم إذا قال حكمت لفلان على فلان بحق ، وان كان جاسوسا خير الامام فيه بين أربعة أشياء كالاسير ، وان كان ممن ضل الطريق أو حملته الريح الينا فى مركب فقد ذكرنا حكمه .

« مسألة » قال (ومن نقض العهد بمخالفة شيء مما صولحوا عليه حل دمه وماله)

وجملة ذلك أنه ينبغى للامام عند عقد الهدنة أن يشترط عليهم شروطا نحو ما شرطه عمر رضى الله عنه ، وقد رويت عن عمر رضى الله عنه فى ذلك أخبار منها ما رواه الخلال باسناده .

عن إسماعيل بن عياش . قال حدثنا غير واحد من أهل العلم قالوا كتب أهل الجزيرة إلى عبدالرحمن بن غنم انا حين قدمنا من بلادنا طلبنا اليك الأمان لأنفسنا وأهل ملتنا على أنا شرطنا لك على أنفسنا أن لا نحدث فى مدينتنا كنيسة ولا فيما حولها ديراً ولا قلاية ولا صومعة راهب ولا نجدد ما خرب من كنائسنا ، ولا ما كان منها فى خطط المسلمين ، ولا نمنع كنائسنا من المسلمين أن ينزلوها فى الليل والنهار وأن نوسع أبوابها للمارة وابن السبيل ولا نأوى فيها ولا فى منازلنا جاسوسا وألا نكتم أمر من غش المسلمين وألا نضرب نواقيسنا الا ضربا خفيا فى جوف كنائسنا ولا نظهر عليها صليبا ولا نرفع أصواتنا فى الصلاة ولا القراءة فى كنائسنا فيما يحضره المسلمون ولا نخرج صليبنا ولا كتابنا فى سوق المسلمين وألا نخرج باعوثا ولا شعانين ولا نرفع اصواتنا مع امواتنا ولا نظهر النيران معهم فى اسواق المسلمين وألا نجاورهم بالخنازير ولا نبيع الخمور ولانظهر شركا

ولا نرغب فى ديننا ولا ندعو اليه أحداً ولا نتخذ شيئاً من الرقيق الذين جرت عليهم سهام المسلمين وألا نمنع أحداً من أقربائنا إذا أراد الدخول فى الاسـلام وأن نلزم زينا حيثما كنا وأن لا نتشبه بالمسلمين فى لبس قلنسوة ولا عمامة ولا نعلين ولا فرق شعر ولا فى مواكبهم ولا نتكلم بكلامهم وأن لا نتكنى بكناهم وأن نجز مقادم رءوسنا ولا نفرق نواصينا ونشد الزنانير على أوساطنا ولا ننقش خواتيمنا بالعربية ولا نركب السروج ولا نتخذ شيئا من السلاح ولا نحمله ولانتقلد السيوف وأن نوقر المسلمين فى مجالسهم ونرشد الطريق ونقوم لهم عن المجالس إذا أرادوا المجالس ولا نطالع عليهم فى منازلهم ولا نعلم أولادنا القرآن ولا يشارك أحد منا مسلمافى تجارة الا أن يكون الى المسلم أمر التجارة وأن نضيف كل مسلم عابر سبيل ثلاثة أيام ونطعمه من أوسط ما نجد ضمنا ذلك على أنفسنا وذرارينا وأزواجنا ومساكننا وان نحن غيرنا أو خالفنا عما شرطنا على أنفسنا وقبلنا الأمان عليه فلا ذمة لنا ، وقد حل لك منا ما يحل لأهل المعاندة والشقاق ، فكتب بذلك عبد الرحمن بن غنم الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فكتب لهم عمر أن امض لهم ما سألوه وألحق فيه حرفين اشترط عليهم مع ما شرطوا على أنفسهم أن لا يشتروا من سبايانا شيئا ، ومن ضرب مسلما عمدا فقد خلع عهده .

فأنفذ عبد الرحمن بن غنم ذلك وأقر من أقام من الروم فى مدائن الشام على هذا الشرط . فهذه جملة شروط عمر رضى الله عنه . فإذا صولحوا عليها ثم نقض بعضهم شيئا منها فظاهر كلام الخرقى أن عهده ينتقض به ، وهو ظاهر ما رويناه لقولهم فى الكتاب ان نحن خالفنا فقد حل لك منا مايحل لك من أهل المعاندة والشقاق

وقال عمر ومن ضرب مسلما عمدا فقد خلع عهده ولأنه عقد بشرط فمتى لم يوجد الشرط زال حكم العقد كما لو امتنع من التزام الأحكام ، وذكر القاضى والشريف أبو جعفر أن الشروط قسمان .

أحدهما : ينتقض العهد بمخالفته وهو أحد عشر شيئا ، الامتناع من بذل الجزية وجرى احكامنا عليهم إذا حكم بها حاكم والاجتماع على قتال المسلمين والزنا بمسلمة وإصابتها باسم نكاح وفتن مسلم عن دينه وقطع الطريق عليه وقتله وإيواء

جاسوس المشركين والمعاونة على المسلمين بدلالة المشركين على عوراتهم أو مكاتبتهم ، وذكر الله تعالى أو كتابه أو دينه أو رسوله بسوء ، فالخصلتان الأوليان ينتقض العهد بهما بلا خلاف فى المذهب ، وهو مذهب الشافعى ، وفى معناهما قتالهم المسلمين منفردين أو مع أهل الحرب لأن إطلاق الأمان يقتضى ذلك فإذا فعلوه نقضوا الأمان لأنهم اذا قاتلونا لزمنا قتالهم وذلك ضد الأمان وسائر الخصال فيها روايتان .

أحدهما : أن العهد ينتقض بها سواء شرط عليهم ذلك أو لم يشترط ، وظاهر مذهب الشافعى قريب من هذا الا أن مالم يشترط عليهم لا ينتقض العهد بتركه ما خلا الخصال الثلاث الأولى فإنه يتعين شرطها وينتقض العهد بتركها بكل حال ، وقال أبو حنيفة : لا ينتقض العهد إلا بالامتناع من الامام على وجه لا يتعذر معه أخذ الجزية منهم .

ولنا : مع ما ذكرناه ما روى « أن عمر رفع اليه رجل قد أراد استكراه امرأة مسلمة على الزنا فقال ماعلى هذا صالحناكم وأمر به فصلب فى بيت المقدس » ولأن فيه ضررا على المسلمين فأشبه الامتناع من بذل الجزية . وكل موضع قلنا : لا ينتقض عهده فإنه ان فعل ما فيه حد أقيم عليه حده أو قصاصه ، وان لم يوجب حدا عزر ويفعل به ما ينكف به أمثاله عن فعله ، فإن أراد أحد منهم فعل ذلك كف عنه ، فإن مانع بالقتال نقض عهده ومن حكمنا بنقض عهده منهم خير الامام فيه بين أربعة أشياء : القتل والاسترقاق والفداء والمن كالأسير الحربى لأنه كافر قدرنا عليه فى دارنا بغير عهد ولا عقد ولا شبهة ذلك فأشبه اللص الحربى ويختص ذلك به دون ذريته لأن النقض إنما وجد منه دونهم فاختص به كما لو أتى ما يوجب حدا أو تعزيرا .

(فصل) أمصار المسلمين على ثلاثة أقسام :

أحدها : ما مصره المسلمون كالبصرة والكوفة وبغداد وواسط فلا يجوز فيه إحداث كنيسة ولا بيعة ولا مجتمع لصلاتهم ، ولا يجوز صلحهم على ذلك بدليل ما روى عن عكرمة قال : قال ابن عباس « أيما مصر مصرته العرب فليس للعجم ان يبنوا فيه بيعة ولا يضربوا فيه ناقوساً ولا يشربوا فيه خمراً ولا يتخذوا

فيه خنزيرا » رواه الامام احمد واحتج به ولأن هذا البلد ملك للمسلمين فلا يجوز ان يبنوا فيه مجامع للكفر وما وجد فى هذه البلاد من البيع والكنائس مثل كنيسة الروم فى بغداد فهذه كانت فى قرى اهل الذمة فأقرت على ما كانت عليه .

القسم الثاني : ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز احداث شيء من ذلك فيه لأنها صارت ملكا للمسلمين وما كان فيه من ذلك ففيه وجهان :

احدهما . يجب هدمه وتحرم تبقيته لأنها بلاد مملوكة للمسلمين فلم يجز ان تكون فيها بيعة كالبلاد التى اختطها المسلمون .

والثانى : يجوز لأن فى حديث ابن عباس « ايما مصر مصرته العجم ففتحه الله على العرب فنزلوه فإن للعجم مافى عهدهم » ولان الصحابة رضى الله عنهم فتحوا كثيرا من البلاد عنوة فلم يهدموا شيئا من الكنائس ويشهد لصحة هذا وجود الكنائس والبيع فى البلاد التى فتحت عنوة ، ومعلوم انها ما احدثت فيلزم ان تكون موجودة فأبقيت ، وقد كتب عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه الى عماله ان لا يهدموا بيعة ولا كنيسة ولا بيت نار ، ولأن الاجماع قد حصل على ذلك فانها موجودة فى بلاد المسلمين من غير نكير .

القسم الثالث : ما فتح صلحا وهو نوعان .

احدهما : ان يصالحهم على ان الارض لهم . ولنا الخراج عنها فلهم احداث ما يحتاجون فيها لان الدار لهم .

والثانى . ان يصالحهم على ان الدار للمسلمين ويؤدون الجزية الينا فالحكم فى البيع والكنائس على ما يقع عليه الصلح معهم من احداث ذلك وعمارته لأنه اذا جاز ان يقع الصلح معهم على ان الكل لهم جاز ، ان يصالحوا على ان يكون بعض البلد لهم ويكون موضع الكنائس والبيع معنا ، والاولى ان يصالحهم على ماصالحهم عليه عمر رضى الله عنه ، ويشترط عليهم الشروط المذكورة فى كتاب عبدالرحمن ابن غنم « ان لا يحدثوا بيعة ولا كنيسه ولا صومعة راهب ولا قلاية » وان وقع الصلح مطلقا من غير شرط حمل ما وقع عليه صلح عمر وأخذوا بشروطه ، فأما الذين صالحهم عمر وعقد معهم الذمة فهم على ما فى كتاب عبد الرحمن بن غنم

مأخوذون بشروطه كلها وما وجد فى بلاد المسلمين من الكنائس والبيع فهى على ما كانت عليه فى زمن فاتحيها ومن بعدهم

وكل موضع قلنا يجوز إقرارها لم يجز هدمها ولهم رم ما تشعث منها وإصلاحها لأن المنع من ذلك يفضى إلى خرابها وذهابها فجرى مجرى هدمها ، وان وقعت كلها لم يجز بناؤها وهو قول بعض أصحاب الشافعى

وعن أحمد أنه يجوز ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى لأنه بناء لما استهدم فأشبه بناء بعضها إذا انهدم ورم شعثها ولأن استدامتها جائزة وبناؤها كاستدامتها وحمل الخلال قول أحمد : لهم أن يبنوا ما انهدم منها أى اذا انهدم بعضها ومنعه من بناء ما انهدم على ما اذا انهدمت كلها فجمع بين الروايتين .

ولنا ان فى كتاب أهل الجزيرة لعياض (١) بن غنم ولا تجدد ماخرب من كنائسنا وروى كثير ابن مرة قال سمعت عمر بن الخطاب يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تبنى الكنيسة فى الاسلام ولا يجدد ما خرب منها » ولان هذا بناء كنيسة فى دار الاسلام فلم يجز كما لو ابتدىء بناؤها وفارق رم شعثها فإنه ابقاء واستدامة وهذا احداث .

(فصل) ومن استحدث من أهل الذمة بناء لم يجز له منعه حتى يكون أطول من بناء المسلمين المجاورين له لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال «الاسلام يعلو ولا يعلى » ولان فى ذلك رتبة على المسلمين، وأهل الذمة ممنوعون من ذلك ، ولهذا يمنعون من صدور المجالس ويلجئون الى أضيق الطرق ، ولا يمنع من تعلية بنائه على من ليس بمجاور له ، لأن علوها إنما يكون ضررا على المجاور لها دون غيره ، وفى جواز مساواة المسلمين وجهان

أحدهما : الجواز لانه ليس بمستطيل على المسلمين

والثانى : المنع لقوله عليه السلام « الاسلام يعلو ولا يعلى » ولانهم منعوا من مساواة المسلمين فى لباسهم وشعورهم وركوبهم كذلك فى بنائهم ، فإن كان للذمى دار عالية فملك المسلم داراً الى جانبها أو بنى المسلم إلى جانب دار ذمى داراً دونها

(١) كذا بالاصل والصواب عبد الرحمن بن غنم

أو اشترى ذمى داراً عالية لمسلم فله سكنى داره ولا يلزمه هدمها لأنه لم يعل على المسلمين شيئا ، فإن انهدمت داره العالية ثم جدد بناءها لم يجز له تعليته على بناء المسلمين، وإن انهدم ماعلا منها لم تكن له إعادته وإن تشعث منه شيء ولم ينهدم فله رمه وإصلاحه لأنه ملك استدامته فملك رم شعثه كالكنيسة .

(فصل) ولا يجوز لأحد منهم سكنى الحجاز ، وبهذا قال مالك والشافعى إلا أن مالكا قال : أرى أن يجلو من أرض العرب كلها لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب »

وروى أبو داود بإسناده عن عمر انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لأخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب فلا أترك فيها إلا مسلما » قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح

وعن ابن عباس قال: أوصى رسول الله صلى الله عليه وسلم بثلاثة أشياء ، قال « أخرجوا المشركين من جزيرة العرب ، وأجيزوا الوفد بنحو ما كنت أجيزهم وسكت عن الثالث » رواه أبو داود ، وجزيرة العرب ما بين الوادى الى أقصى اليمن . قاله سعيد بن عبد العزيز

وقال الاصمعى وابو عبيد : هى من ريف العراق إلى عدن طولا : ومن تهامة وما وراءها إلى أطراف الشام عرضاً . وقال أبو عبيدة هى من حفر ابى موسى إلى اليمن طولا ومن رمل تبرين إلى منقطع السماوة عرضا .

قال الخليل : إنما قيل لها جزيرة لأن بحر الحبش وبحر فارس والفرات قد أحاطت بها ونسبت الى العرب لانها أرضها ومسكنها ومعدنها

وقال أحمد : جزيرة العرب المدينة وما والاها ، يعنى أن الممنوع من سكنى الكفار المدينة وما والاها . وهو مكة واليمامة وخيبر والينبع وفدك ومخاليفها ، وما والاها ، وهذا قول الشافعى لانهم لم يجلو من تيماء ولا من اليمن .

وقد روى عن أبى عبيدة بن الجراح انه قال . ان آخر ما تكلم به النبى صلى الله عليه وسلم انه قال « أخرجوا اليهود من الحجاز » فأما إخراج أهل نجران منه فلأن النبى صلى الله عليه وسلم صالحهم على ترك الربا فنقضوا عهده ، فكأن

جزيرة العرب فى تلك الاحاديث أريد بها الحجاز ، وانما سمى حجازاً لأنه حجز بين تهامة ونجد ولا يمنعون أيضا من أطراف الحجاز كتيماء وفيد ونحوهما ، لأن عمر لم يمنعهم من ذلك

(فصل) ويجوز لهم دخول الحجاز للتجارة لان النصارى كانوا يتجرون إلى المدينة فى زمن عمر رضى الله عنه ، وأتاه شيخ بالمدينة فقال أنا الشيخ النصرانى وان عاملك عشرنى مرتين ، فقال عمر وأنا الشيخ الحنيف ، وكتب له عمر أن لايعشروا فى السنة الا مرة ولا يأذن لهم فى الإقامة أكثر من ثلاثة أيام على ماروى عن عمر رضى الله عنه ثم ينتقل عنه .

وقال القاضى . يقيم أربعة أيام حد ما يتم المسافر الصلاة ، والحكم فى دخولهم الى الحجاز فى اعتبار الاذن كالحكم فى دخول أهل الحرب دار الاسلام ، واذا مرض بالحجاز جازت له الاقامة لانه يشق الانتقال على المريض وتجوز الاقامة لمن يمرضه لانه لا يستغنى عنه ، وان كان له دين على أحد وكان حالا أجبر غريمه على وفائه فإن تعذر وفاؤه لمطل أو تغيب عنه فينبغى أن يمكن من الاقامة ليستوفى دينه لأن التعدى من غيره وفى اخراجه ذهاب ماله ، وان كان الدين مؤجلا لم يمكن من الاقامة ويوكل من يستوفيه له لأن التفريط منه .

وان دعت الحاجة الى الاقامة ليبيع بضاعته احتمل أن يجوز لان فى تكليفه تركها أو حملها معه ضياع ماله ، وذلك مما يمنع من الدخول بالبضائع الى الحجاز فتفوت مصلحتهم وتلحقهم المضرة بانقطاع الجلب عنهم . ويحتمل أن يمنع من الاقامة لان له من الاقامة بدا ، فإن أراد الانتقال الى مكان آخر من الحجاز جاز ويقيم فيه أيضا ثلاثة أيام أو أربعة على الخلاف فيه . وكذلك اذا انتقل منه الى مكان آخر جاز ولو حصلت الاقامة فى الجميع شهرا . واذا مات بالحجاز دفن به لانه يشق نقله ، واذا جازت الاقامة للمريض فدفن الميت أولى

فصل

فأما الحرم فليس لهم دخوله بحال ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة لهم دخوله كالحجاز كله ولا يستوطنون به ولهم دخول الكعبة ؛ والمنع من الاستيطان لا يمنع الدخول والتصرف كالحجاز

ولنا قول الله تعالى (انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا) والمراد به الحرم بدليل قوله تعالى (وان خفتم عيلة) يريد ضررا بتأخير الجلب عن الحرم دون المسجد ، ويجوز تسمية الحرم المسجد الحرام ، بدليل قول الله تعالى (سبحان الذى أسرى بعبده ليلا من المسجد الحرام الى المسجد الاقصى) وانما أسرى به من بيت أم هانىء من خارج المسجد ، ويخالف الحجاز لأن الله تعالى منع منه مع اذنه فى الحجاز ، فإن هذه الآية نزلت واليهود بخيبر والمدينة وغيرهما من الحجاز ولم يمنعوا من الاقامة به ، وأول من أجلاهم عمر رضى الله عنه ؛ ولأن الحرم أشرف لتعلق النسك به ويحرم صيده وشجره والملتجىء اليه فلا يقاس غيره عليه

فإن أراد كافر الدخول اليه منع منه فان كانت معه ميرة أو تجارة خرج اليه من يشترى منه ولم يترك هو يدخل ، وان كان رسولا الى امام بالحرم خرج اليه من يسمع رسالته ويبلغها اياه ، فان قال لا بد لى من لقاء الامام وكانت المصلحة فى ذلك خرج اليه الامام ولم يأذن له فى الدخول، فان دخل الحرم عالما بالمنع عزر وان دخل جاهلا نهى وهدد ، فان مرض بالحرم أو مات أخرج ولم يدفن به ، لان حرمة الحرم أعظم ، ويفارق الحجاز من وجهين

أحدهما : أن دخوله الى الحرم حرام واقامته به حرام بخلاف الحجاز

والثانى : أن خروجه من الحرم سهل ممكن لقرب الحل منه وخروجه من الحجاز فى مرضه صعب ممتنع ، وان دفن نبش وأخرج الا أن يصعب اخراجه لنتنه وتقطعه ، وان صالحهم الامام على دخول الحرم بعوض فالصلح باطل فان دخلوا الى الموضع الذى صالحهم عليه لم يرد عليهم العوض لأنهم قد استوفوا ما صالحهم عليه ، وان وصلوا الى بعضه أخذ من العوض بقدره ويحتمل ان يرد عليهم بكل حال لأن ما استوفوه لا قيمة له والعقد لم يوجب العوض لكونه باطلا .

(فصل) فأما مساجد الحل فليس لهم دخولها بغير اذن المسلمين لأن عليا رضى الله عنه بصر بمجوسى وهو على المنبر وقد دخل المسجد فنزل وضربه وأخرجه من أبواب كندة ، فان أذن لهم فى دخولها جاز فى الصحيح من المذهب

لأن النبي صلى الله عليه وسلم قدم عليه وفد أهل الطائف فأنزلهم من المسجد قبل إسلامهم . وقال سعيد بن المسيب : قد كان أبو سفيان يدخل مسجد المدينة وهو على شركه ، وقدم عمير بن وهب فدخل المسجد النبي صلى الله عليه وسلم فيه ليفتك به فرزقه الله الاسلام .

وفيه رواية أخرى : ليس لهم دخوله بحال ، لأن أبا موسى دخل على عمر ومعه كتاب قد كتب فيه حساب عمله ، فقال له عمر : ادع الذى كتبه ليقرأه . قال إنه لا يدخل المسجد ، قال ولم ؟ قال إنه نصرانى ، وفيه دليل على شهرة ذلك بينهم وتقرره عندهم ، ولأن حدث الجنابة والحيض والنفاس يمنع المقام فى المسجد فحدث الشرك أولى .

(فصل) والمأخوذ فى أحكام الذمة ينقسم خمسة أقسام . أحدها : مالا يتم العقد إلا بذكره وهو شيئان : التزام الجزية وجريان أحكامنا عليهم ، فإن أخل بذكر واحد منهما لم يصح العقد ، وفى معناهما ترك قتال المسلمين ، فإنه وإن لم يذكر لفظه فذكر المعاهدة يقتضيه .

القسم الثانى : ما فيه ضرر على المسلمين فى أنفسهم ، وهو ثمانية خصال ذكرناها فيما تقدم .

القسم الثالث : ما فيه غضاضة على المسلمين ، وهو ذكر ربهم أو كتابهم أو دينهم أو رسولهم بسوء .

القسم الرابع : ما فيه إظهار منكر وهو خمسة أشياء : إحداث البيع والكنائس ونحوها ورفع أصواتهم بكتبهم بين المسلمين وإظهار الخمر والخنزير والضرب بالنواقيس وتعلية البنيان على أبنية المسلمين والاقامة بالحجاز ودخول الحرم فيلزمهم الكف عنه سواء شرط عليهم أو لم يشرط فى جميع ما فى هذه الاقسام الثلاثة .

القسم الخامس : التميز على المسلمين فى أربعة أشياء لباسهم وشعورهم وركوبهم وكناهم ، أما لباسهم فهو ان يلبسوا ثوبا يخالف لونه لون سائر الثياب فعادة اليهود العسلى وعادة النصارى الادكن وهو الفاختى ، ويكون هذا فى ثوب واحد لا فى جميعها ليقع الفرق ويضيف الى هذا شد الزنار فوق ثوبه ان كان نصرانيا أو علامة

أخرى إن لم يكن نصرانيا ، كخرقة يجعلها فى عمامته أو قلنسوته يخالف لونها لونها ويختم فى رقبته خاتم رصاص أو حديد أو جلجل ليفرق بينه وبين المسلمين فى الحمام ، ويلبس نساؤهم ثوباً ملوناً وتشد الزنار تحت ثيابها وتختم فى رقبتها ، ولا يمنعون لبس فاخر الثياب ولا العمائم ولا الطيلسان لأن التمييز حصل بالغيار والزنار

وأما الشعور فإنهم يحذفون مقاديم رءوسهم ويجزون شعورهم . ولا يفرقون شعورهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق شعره .

وأما الركوب فلا يركبون الخيل لان ركوبها عز ولهم ركوب ما سواها ، ولا يركبون السروج ويركبون عرضا ، رجلاه الى جانب وظهره الى آخر ، لما روى الخلال باسناده أن عمر أمر بجز نواصى أهل الذمة وأن يشدوا المناطق وأن يركبوا الأكف بالعرض ؛ ويمنعون تقلد السيوف وحمل السلاح واتخاذه .

وأما الكنى فلا يتكنوا بكنى المسلمين كأبى القاسم وأبى عبد الله وأبى محمد وأبى بكر وأبى الحسن وشبهها ولا يمنعون الكنى بالكلية فإن أحمد قال لطبيب نصرانى : يا أبا اسحاق وقال : أليس النبي صلى الله عليه وسلم لما دخل على سعد ابن عبادة قال «أما ترى ما يقول أبو الحباب» وقال لأسقف نجران «أسلم أبا الحارث» وقال عمر لنصرانى يا أبا حسان أسلم تسلم .

(فصل) واذا عقد معهم الذمة كتب أسماءهم وأسماء آبائهم وعددهم وحلاهم ودينهم فيقول فلان ابن فلان الفلانى طويل أو قصير أو ربعة أسمر أو أبيض أدعج العين أقنى الانف مقرون الحاجبين ونحو هذا من صفاتهم التى يتميز بها كل واحد من الآخر ويجعل لكل عشرة عريفا يراعى من يبلغ منهم أو يفيق من جنون ، أو يقدم من غيبة ، أو يسلم أو يموت ، أو يغيب ويجبى جزيتهم فيكون ذلك أحوط لحفظ جزيتهم .

(فصل) واذا مات الامام او عزل وولى غيره فإن عرف ما عقد عليه عقد الذمة من كان قبله وكان عقداً صحيحا اقرهم عليه لان الخلفاء اقروا عقد عمر ولم يجددوا عقداً سواه ، ولان عقد الذمة مؤبد ، وان كان فاسداً رده الى الصحة وان لم يعرف فشهد به مسلمان او كان امره ظاهراً عمل به وان اشكل عليه سألهم فإن ادعوا العهد بما يصلح ان يكون جزية قبل قولهم وعمل به وان شاء

استحلفهم استظهاراً ، فان بان له بعد ذلك أنهم نقضوا من المشروط عليهم شيئا رجع بما نقضوا ، وان قالوا كنا تؤدي كذا وكذا جزية وكذا وكذا هدية استحلفهم يمينا واحدة لأن الظاهر فيما يدفعونه أنه جزية ، واختار أبو الخطاب أنه إذا لم يعرف ما عوهدوا عليه استأنف العقد معهم لأن عقد الاول لم يثبت عنده فصار كالمعدوم .

« مسألة » قال (ومن هرب من ذمتنا الى دار الحرب ناقضا للعهد عاد حربيا)

يعني يصير حكمه حكم أهل الحرب سواء كان رجلا أو امرأة ومتى قدر عليه أبيح منه ما يباح من الحربي من القتل والاسترقاق وأخذ المال ، وان هرب الذمي بأهله وذريته أبيح من البالغين منهم ما يباح من أهل الحرب ولم يبح سبي الذرية لأن النقض إنما وجد من البالغين دون الذرية .

(فصل)

وان نقضت طائفة من أهل الذمة جاز غزوهم وقتلهم ، وان نقض بعضهم دون بعض اختص حكم النقض بالناقض دون غيره ، وان لم ينقضوا لكن خاف النقض منهم لم يجز أن ينبذ اليهم عهدهم لأن عقد الذمة لحقهم بدليل أن الإمام تلزمه اجابتهم اليه بخلاف عقد الأمان والهدنة فانه لمصلحة المسلمين ، ولأن عقد الذمة آكد لأنه مؤبد وهو معاوضة ولذلك إذا نقض بعض أهل الذمة العهد وسكت بعضهم لم يكن سكوتهم نقضا وفي عقد الهدنة يكون نقضا .

(فصل) واذا عقد الذمة فعليه حمايتهم من المسلمين وأهل الحرب وأهل الذمة لانه التزم بالعهد حفظهم ، ولهذا قال علي رضي الله عنه إنما بذلوا الجزية لتكون أموالهم كأموالنا ودماؤهم كدمائنا .

وقال عمر رضي الله عنه في وصيته للخليفة بعده : وأوصيه بأهل ذمة المسلمين خيراً أن يوفي لهم بعهدهم ويحاط من ورائهم .

(فصل) واذا تحاكم الينا مسلم مع ذمي وجب الحكم بينهم لأن عليا حفظ الذمي من ظلم المسلم وحفظ المسلم منه وان تحاكم بعضهم مع بعض أو استعدى بعضهم على بعض خير الحاكم بين الحكم بينهم والإعراض عنهم لقول الله تعالى

(فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) فان حكم بينهم لم يحكم الا بحكم الاسلام لقول الله تعالى (وان حكمت فاحكم بينهم بالقسط) وقال تعالى (وان احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم).

واذا استعدت المرأة على زوجها فى طلاق أو ظهار أو إيلاء فان شاء أعداها وان شاء تركها لقول الله تعالى (فان جاءوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم) فان أحضر زوجها حكم عليه بما يحكم على المسلم فى مثل ذلك فان كان قد ظاهر منها منعه وطأها حتى يكفر وتكفيره بالاطعام وحده لأنه لا يملك رقبة مسلم ولا يملك شراءها ولا يصح منه الصيام.

(فصـــل)

ولا يجوز تمكينه من شراء مصحف ولا حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا فقه فان فعل فالشراء باطل لان ذلك يتضمن ابتذاله وكره أحمد بيعهم الثياب المكتوب عليها ذكر الله تعالى.

قال مهنا سألت أحمد أبا عبد الله هل تكره للرجل المسلم أن يعلم غلاما مجوسيا شيئا من القرآن؟ قال: إن أسلم فنعم وإلا فأكره ان يضع القرآن فى غير موضعه قلت فيعلمه أن يصلى على النبى صلى الله عليه وسلم؟ قال: نعم، وقال الفضل بن زياد: سألت ابا عبد الله عن الرجل يرهن المصحف عند اهل الذمة؟ قال: لا - نهى النبي صلى الله عليه وسلم ان نسافر بالقرآن إلى ارض العدو مخافة ان يناله العدو.

(فصـــل) ولا يجوز تصديرهم فى المجالس ولا بداءتهم بالسلام لما روى ابو هريره رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا تبدأوا اليهود والنصارى بالسلام واذا لقيتم احدهم فى الطريق فاضطروهم الى اضيقها» اخرجه الترمذى، وقال حديث حسن صحيح.

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « انا غادون غدا فلا تبدءوهم بالسلام وان سلموا عليكم فقولوا وعليكم » اخرجه الامام احمد باسناده وباسناده عن أنس انه قال « نهينا او امرنا ان لا نزيد اهل الكتاب على وعليكم ».

قال أبو داود : قلت لأبى عبد الله تكره أن يقول الرجل للذمى كيف أصبحت ؟ أو كيف حالك ؟ أو كيف أنت ؟ أو نحو هذا ؟ قال : نعم هذا عندى أكثر من السلام .

وقال أبو عبد الله إذا لقيته فى الطريق فلا توسع له وذلك لما تقدم من حديث أبى هريرة ، وروى عن ابن عمر أنه مر على رجل فسلم عليه فقيل إنه كافر فقال رد على ماسلمت عليك فرد عليه فقال أكثر الله مالك وولدك ثم التفت الى أصحابه فقال أكثر للجزية .

وقال يعقوب بن بختان : سألت أبا عبد الله وقلت نعامل اليهود والنصارى فنأتيهم فى منازلهم وعندهم قوم مسلمون أسلم عليهم ؟ قال : نعم تنوى السلام على المسلمين وسئل عن مصافحة أهل الذمة فكرهه .

(فصـــل) وما يذكر بعض أهل الذمة من أن الجزية لا تلزمهم وان معهم كتابا من النبى (ص) بإسقاطها عنهم لا يصح وسئل عن ذلك أبو العباس بن سريج فقال ما نقل ذلك أحد من المسلمين ، وذكر أنهم طولبوا بذلك فأخرجوا كتابا ذكروا أنه بخط على رضى الله عنه كتبه عن رسول الله (ص) كان فيه شهادة سعد بن معاذ ومعاوية وتاريخه بعد موت سعد وقبل إسلام معاوية فاستدل بذلك على بطلانه ولأن قولهم غير مقبول ولم يرو ذلك من يعتمد على روايته .

فصـــل

قال أبو الخطاب : يمتهنون عند أخذ الجزية ويطال قيامهم وتجر أيديهم عند أخذها ذهب الى قوله تعالى (حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) وقيل الصغار التزامهم الجزية وجريان أحكامنا عليهم ولا يقبل منهم إرسالها بل يحضر الذمى بنفسه بها ويؤديها وهو قائم والآخذ جالس ولا يشتط عليهم فى أخذها ولا يعذبون اذا أعسروا عن أدائها فإن عمر رضى الله عنه « أتى بمال كثير ، قال أبو عبيد وأحسبه من الجزية فقال إنى لأظنكم قد أهلكتم الناس قالوا لا والله ما أخذنا الا عفوا صفوا قال بلا سوط ولا بوط ، قالوا : نعم ، قال الحمد لله الذى لم يجعل ذلك على يدى ولا فى سلطانى وقدم عليه سعيد بن عامر بن حذيم فعلاه عمر بالدرة ، فقال سعيد سبق سيلك مطرك ان تعاقب نصبر وان تعف نشكر

وان تستعتب نعتب فقال ما على المسلم الا هذا مالك تبطىء بالخراج قال أمرتنا أن لا نزيد الفلاحين على أربعة دنانير فلسنا نزيدهم على ذلك ولكن نؤخرهم الى غلاتهم ، قال عمر لا عزلتك ما حييت ، رواهما أبو عبيد وقال إنما وجه التأخير الى الغلة الرفق بهم قال ولم نسمع فى استيداء الخراج والجزية وقتاً غير هذا ، واستعمل على ابن أبي طالب رجلا على عكبرى فقال له على رءوس الناس لا تدعن لهم درهما من الخراج وشدد عليه القول ثم قال القنى عند انتصاف النهار فأتاه فقال انى كنت أمرتك بأمر وانى أتقدم اليك الآن فإن عصيتنى نزعتك لاتبيعن لهم فى خراجهم حماراً ولا بقرة ولا كسوة شتاء ولا صيف وارفق بهم وافعل بهم .

(فصــــل)

قال أحمد فى الرجل له المرأة النصرانية : لا يأذن لها أن تخرج الى عيد أو تذهب الى بيعة وله أن يمنعها ذلك ، وكذلك فى الأمة قيل له أله أن يمنعها شرب الخمر ؟ قال يأمرها فإن لم تقبل فليس له منعها ، قيل له فإن طلبت منه أن يشترى لها زناراً ؟ قال لا يشترى لها زنارا تخرج هى تشترى لنفسها ، وسئل عن الذمى يعامل بالربا ويبيع الخمر والخنزير ثم يسلم وذلك المال فى يده فقال لا يلزمه أن يخرج منه شيئا لأن ذلك مضى فى حال كفره فأشبه نكاحهم فى الكفر إذا أسلم وسئل عن المجوسيين يجعلان ولدهما مسلما فيموت وهو ابن خمس سنين فقال يدفن فى مقابر المسلمين لقول النبى صلى الله عليه وسلم « فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه » يعنى أن هذين لم يمجساه فيبقى على الفطرة .

وسئل أبو عبد الله عن أولاد المشركين فقال اذهب الى قول النبي صلى الله عليه وسلم « الله أعلم بما كانوا عاملين » قال وكان ابن عباس يقول « فأبواه يهودانه وينصرانه — حتى سمع — الله أعلم بما كانوا عاملين » فترك قوله ، وسأله ابن الشافعى فقال يا أبا عبد الله ذرارى المشركين أو المسلمين ؟ فقال هذه مسائل أهل الزيغ وقال أبو عبد الله سأل بشر بن السرى سفيان الثورى عن أطفال المشركين فصاح به وقال يا صبى أنت تسأل عن هذا ؟

قال أحمد : ونحن نمر هذه الأحاديث على ما جاءت ولا نقول شيئا ، وسئل

عن أطفال المسلمين فقال ليس فيه اختلاف أنهم فى الجنة وذكروا له حديث عائشة الذي قالت فيه عصفور من عصافير الجنة قال وهذا حديث ؟ وذكر فيه رجلا ضعفه طلحة ، وسئل عن الرجل يسلم بشرط أن لا يصلى الا صلاتين فقال يصح إسلامه ويؤخذ بالخمس ؟ وقال معنى حديث حكيم بن حزام — بايعت النبى صلى الله عليه وسلم على أن لا أخر الا قائما — أنه لا يركع فى الصلاة بل يقرأ ثم يسجد من غير ركوع قال وحديث قتادة عن نصر بن عاصم أن رجلا منهم بايع النبى صلى الله عليه وسلم أن يصلى طرفى النهار .

كتاب الصيد والذبائح

الأصل فى إباحة الصيد الكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب : فقول الله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) وقال سبحانه (وإذا حللتم فاصطادوا) وقال سبحانه (يسألونك ماذا أحل لهم ؟ قل أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه) .

وأما السنة فروى أبو ثعلبة الخشنى قال أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله إنا بأرض صيد أصيد بقوسى وأصيد بكلبي المعلم وأصيد بكلبي الذى ليس بمعلم فأخبرنى ماذا يصلح لى ؟ قال « أما ما ذكرت انكم بأرض صيد فما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل ، وما صدت بكلبك المعلم وذكرت إسم الله عليه فكل ، وما صدت بكلبك الذى ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل » وعن عدى بن حاتم قال . قلت يا رسول الله انا نرسل الكلب المعلم فيمسك علينا قال « كل » قلت . وان قتل ؟ قال « كل مالم يشركه كلب غيره » قال : وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد المعراض فقال « ما خرق فكل وما قتل بعرضه فلا تأكل » متفق عليهما ، واجمع اهل العلم على اباحة الاصطياد والأكل من الصيد .

« مسألة » قال (وإذا سمى وأرسل كلبه او فهده المعلم واصطاد وقتل ولم يأكل منه جاز أكله)

أما ما أدرك ذكاته من الصيد فلا يشترط فى إباحته سوى صحة التذكية ولذلك قال عليه السلام « وما صدت بكلبك الذى ليس بمعلم فأدركت ذكاته فكل » وأما ما قتل الجارح فيشترط فى إباحته شروط سبعة

أحدها : أن يكون الصائد من أهل الذكاة ، فان كان وثنيا أو مرتداً أو مجوسيا أو من غير المسلمين وأهل الكتاب أو مجنونا لم يبح صيده لان الاصطياد أقيم مقام الذكاة والجارح آلة كالسكين وعقره للحيوان بمنزلة إفراء الاوداج . قال النبى صلى الله عليه وسلم « فان أخذ الكلب ذكاته » والصائد بمنزلة المذكى فتشترط الاهلية فيه .

الشرط الثانى : أن يسمى عند إرسال الجارح ، فان ترك التسمية عمداً أو سهواً لم يبح ، هذا تحقيق المذهب ، وهو قول الشعبى وابى ثور وداود ، ونقل حنبل عن احمد : ان نسى التسمية على الذبيحة والكلب أبيح ، قال الخلال : سها حنبل فى نقله فان فى أول مسألته اذا نسى وقتل لم يأكل وممن أباح متروك التسمية فى النسيان دون العمد ابو حنيفة ومالك لقول النبى صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان » ولأن ارسال الجارحة جرى مجرى التذكية فعفى عن النسيان فيه كالذكاة .

وعن أحمد أن التسمية تشترط على ارسال الكلب فى العمد والنسيان ولا يلزم ذلك فى ارسال السهم اليه حقيقة وليس له اختيار فهو بمنزلة السكين بخلاف الحيوان فانه يفعل باختياره .

وقال الشافعى : يباح متروك التسمية عمدا أو سهواً ، لأن البراء روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المسلم يذبح على اسم الله سمى أو لم يسم - وعن ابى هريرة رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل فقيل أرأيت الرجل منا يذبح وينسى ان يسمى الله ، فقال اسم الله فى قلب كل مسلم » وعن احمد رواية أخرى مثل هذا .

ولنا قوله تعالى (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) وقال (فكلوا مما أمسكن عليكم واذكروا اسم الله عليه) وقال النبى صلى الله عليه وسلم « اذا أرسلت كلبك وسميت فكل قلت « أرسل كلبى فأخذ معه كلبا آخر ؟ قال « لا تأكل فانك انما

سميت على كلبك ولم تسم على الآخر » متفق عليه ، وفى لفظ « واذا خالط كلابا لم يذكر اسم الله عليها فأمسكن وقتلن فلا تأكل » وفى حديث ابى ثعلبة « وماصدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل » وهذه نصوص صحيحة لا يعرج على ماخالفها وقوله « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان » يقتضى نفى الاسم لا جعل الشرط المعدوم كالموجود بدليل ما لو نسى شرط الصلاة ، والفرق بين الصيد والذبيحة ان الذبح وقع فى محله فجاز ان يتسامح فيه بخلاف الصيد . فأما أحاديث أصحاب الشافعى فلم يذكرها اصحاب السنن المشهورة ، وان صحت فهى فى الذبيحة ولا يصح قياس الصيد عليها لما ذكرنا مع ما فى الصيد من النصوص الخاصة .

اذا ثبت هذا فالتسمية المعتبرة قوله « بسم الله » لان اطلاق التسمية ينصرف الى ذلك ، وقد ثبت ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا ذبح قال « بسم الله والله أكبر » وكان ابن عمر يقوله ولا خلاف فى ان قوله بسم الله يجزئه ؛ وان قال اللهم اغفر لى لم يكف لأن ذلك طلب حاجة ، وان هلل أو سبح او كبر او حمد الله تعالى احتمل الاجزاء لانه ذكر اسم الله تعالى على وجه التعظيم، واحتمل المنع لان اطلاق التسمية لا يتناوله

وان ذكر اسم الله تعالى بغير العربية اجزأه وان احسن العربية، لان المقصود ذكر اسم الله وهو يحصل بجميع اللغات بخلاف التكبير فى الصلاة فان المقصود لفظه وتعتبر التسمية عند الارسال لانه الفعل الموجود من المرسل فتعتبر التسمية عنده كما تعتبر عند الذبح من الذابح وعند ارسال السهم من الرامى . نص احمد على هذا ، ولا تشرع الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم مع التسمية فى ذبح ولا صيد وبه قال الليث ، واختار ابو اسحاق بن شاقلا استحباب ذلك ، وهو قول الشافعى لقوله عليه السلام « من صلى على مرة صلى الله عليه عشرا » وجاء فى تفسير قوله تعالى (ورفعنا لك ذكرك) لا اذكر الا ذكرت معى

ولنا قوله عليه السلام « موطنان لا اذكر فيهما، عند الذبيحة والعطاس» رواه ابو محمد الخلال باسناده ولانه اذا ذكر غير الله تعالى اشبه المهل لغير الله

الشرط الثالث . ان يرسل الجارحة على الصيد فإن استرسلت بنفسها فقتلت لم يبح ، وبهذا قال ربيعة ومالك والشافعى وابو ثور واصحاب الرأى . وقال عطاء

والأوزاعى . يؤكل صيده إذا أخرجه للصيد ، وقال إسحاق إذا سمى عند انفلاته أبيح صيده . وروى بإسناده عن ابن عمر انه سئل عن الكلاب تنفلت من مرابضها فتصيد الصيد قال اذكر اسم الله وكل قال إسحاق فهذا الذى اختار إذا لم يتعمد هو إرساله من غير ذكر اسم الله عليه، قال الخلال هذا على معنى قول ابى عبد الله

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « إذا أرسلت كلبك وسميت فكل » ولأن إرسال الجارحة جعل بمنزلة الذبح ولهذا اعتبرت التسمية معه ، وان استرسل بنفسه فسمى صاحبه وزجره فزاد فى عدوه أبيح صيده وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : لا يباح ، وعن عطاء كالمذهبين

ولنا أن زجره أثر فى عدوه فصار كما لو أرسله وذلك لأن فعل الانسان متى انضاف إلى فعل غيره فالاعتبار بفعل الانسان بدليل ما لو صال الكلب على إنسان فأغراه إنسان فالضمان على من أغراه ، وإن أرسله بغير تسمية ثم سمى وزجره فزاد فى عدوه فظاهر كلام أحمد انه يباح ، فإنه قال إذا أرسل ثم سمى فانزجر أو أرسل وسمى فالمعنى قريب من السواء ، وظاهر هذا الاباحة لأنه انزجر بتسميته وزجره فأشبه التى قبلها .

وقال القاضى : لا يباح صيده لأن الحكم يتعلق بالارسال الأول بخلاف ما اذا استرسل بنفسه فإنه لا يتعلق به حظر ولا إباحة .

الشرط الرابع : أن يكون الجارح معلما ولا خلاف فى اعتبار هذا الشرط ، لان الله تعالى قال (وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن مما علمكم الله فكلوا مما أمسكن عليكم) وما تقدم من حديث ابى ثعلبة ، ويعتبر فى تعليمه ثلاثة شروط إذا أرسله استرسل واذا زجره انزجر واذا أمسك لم يأكل ، ويتكرر هذا منه مرة بعد أخرى حتى يصير معلما فى حكم العرف وأقل ذلك ثلاث ، قاله القاضى وهو قول ابي يوسف ومحمد ، ولم يقدر أصحاب الشافعى عدد المرات لأن التقدير بالتوقيف ولا توقيف فى هذا بل قدره بما يصير به فى العرف معلما .

وحكى عن أبي حنيفة انه اذا تكرر مرتين صار معلما لان التكرار يحصل بمرتين ، وقال الشريف ابو جعفر وابو الخطاب : يحصل ذلك بمرة ولا يعتبر التكرار لأنه تعلم صنعة فلا يعتبر فيه التكرار كسائر الصنائع

ولنا أن تركه للأكل يحتمل أن يكون لشبع ويحتمل انه لتعلم فلا يتميز ذلك الا بالتكرار وما اعتبر فيه التكرار اعتبر ثلاثا كالمسح فى الاستجمار وعدد الاقرار والشهود فى العدة والغسلات فى الوضوء. ويفارق الصنائع فإنها لا يتمكن من فعلها الا من تعلمها فإذا فعلها علم انه قد تعلمها وعرفها وترك الأكل ممكن الوجود من المتعلم وغيره ويوجد من الصنفين جميعا فلا يتميز به أحدهما من الآخر حتى يتكرر. وحكى عن ربيعة ومالك انه لا يعتبر ترك الأكل لما روى أبو ثعلبة الخشنى قال، قال رسول الله (ص) « اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله عليه فكل وإن أكل » ذكره الامام احمد ورواه ابو داود

ولنا أن العادة فى المعلم ترك الأكل فاعتبر شرطا كالانزجار اذا زجر، وحديث ابى ثعلبة معارض بما روى عن عدى بن حاتم أن رسول الله (ص) قال « فإن أكل فلا تأكل فإنى أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه » وهذا أولى بالتقديم لانه متفق عليه، ولأنه متضمن للزيادة وهو ذكر الحكم معللا، ثم ان حديث ابى ثعلبة محمول على جارحة ثبت تعليمها لقوله « اذا أرسلت كلبك المعلم » ولا يثبت التعليم حتى يترك الأكل

اذا ثبت هذا فإن الانزجار بالزجر انما يعتبر بإرساله على الصيد أو رؤيته. أما بعد ذلك فانه لا ينزجر بحال

الشرط الخامس: أن لا يأكل من الصيد، فان أكل منه لم يبح فى أصح الروايتين، ويروى ذلك عن ابن عباس وأبى هريرة وبه قال عطاء وطاوس وعبيد ابن عمير والشعبى والنخعى وسويد بن غفلة وأبو بردة وسعيد بن جبير وعكرمة والضحاك وقتادة واسحاق وأبو حنيفة وأصحابه وأبو ثور

والرواية الثانية يباح، وروى ذلك عن سعد بن ابى وقاص وسلمان وابى هريرة وابن عمر حكاه عنهم الامام احمد وبه قال مالك، وللشافعى قولان كالمذهبين. واحتج من أباحه بعموم قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) وحديث أبى ثعلبة ولأنه صيد جارح معلم فأبيح كما لو لم يأكل، فإن الأكل يحتمل أن يكون لفرط جوع أو غيظ على الصيد.

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم فى حديث عدى بن حاتم « إذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى فكل مما أمسك عليك ، قلت وان قتل ؟ قال « وان قتل إلا أن يأكل الكلب ، فإن أكل فلا تأكل فإني أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه » متفق عليه ، ولأن ما كان شرطا فى الصيد الاول كان شرطا فى سائر صيوده كالارسال والتعليم .

وأما الآية فلا تتناول هذا الصيد فإنه قال : فكلوا مما أمسكن عليكم) وهذا انما أمسك على نفسه . وأما حديث أبي ثعلبة فقد قال أحمد يختلفون عن هشيم فيه وعلى أن حديثنا أصح لانه متفق عليه وعـــدي بن حاتم أضبط ولفظه أبين لانه ذكر الحكم والعلة .

قال أحمد : حديث الشعبي عن عدى من اصح ما روى عن النبي (ص) ، الشعبي يقول. كان جاري وربيطى فحدثني والعمل عليه، ويحتمل انه اكل منه بعد ان قتله وانصرف عنه ، واذا ثبت هذا فإنه لا يحرم ما تقدم من صيوده فى قول أكثر اهل العلم ، وقال أبو حنيفة : يحرم لانه لو كان معلما ما اكل .

ولنا عموم الاية والاخبار وانما خص منه ما اكل منه ففيما عداه يجب القضاء بالعموم ولان اجتماع شروط التعليم حاصلة فوجب الحكم به ، ولهذا حكمنا بحل صيده فاذا وجد الاكل احتمل ان يكون لنسيان او لفرط جوعه او نسي التعليم فلا يترك ما ثبت يقينا بالاحتمال .

(فصل) فان شرب دمه ولم يأكل منه لم يحرم نص عليه احمد وبه قال عطاء والشافعي واسحاق وابو ثور واصحاب الرأي ، وكرهه الشعبي والثوري لانه فى معنى الاكل .

ولنا عموم الاية والاخبار وانما خرج منه ما أكل منه بحديث عدى « فان اكل منه فلا تأكل » وهذا لم يأكل ، ولان الدم لا يقصده الصائد منه ولا ينتفع به فلا يخرج بشربه عن ان يكون ممسكا على صائده .

(فصل) ولا يحرم ما صاده الكلب بعد الصيد الذى أكل منه ويحتمل كلام الخرقى أنه يخرج عن ان يكون معلما فتعتبر له شروط التعليم ابتداء والاول أولى لما ذكرنا فى صيده الذى قبل الاكل

الشرط السادس : أن يجرح الصيد فإن خنقه أو قتله بصدمته لم يبح ، قال الشريف ، وبه قال أكثرهم ، وقال الشافعي في قول له يباح لعموم الآية والخبر

ولنا أنه قتله بغير جرح أشبه ما قتله بالحجر والبندق ولأن الله تعالى حرم الموقوذة وهذا كذلك وهذا يخص ما ذكروه ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ما أنهر الدم وذكر اسم الله فكل » يدل على أنه لا يباح مالم ينهر الدم .

الشرط السابع . أن يرسله على صيد فإن أرسله وهو لا يرى شيئا ولا يحس به فأصاب صيداً لم يبح ، هذا قول أكثر أهل العلم لأنه لم يرسله على الصيد وإنما استرسل بنفسه ، وهكذا إن رمى سهما الى غرض فأصاب صيداً أو رمى به الى فوق رأسه فوقع على صيد فقتله لم يبح لأنه لم يقصد برميه عينا فأشبه من نصب سكينا فانذبحت بها شاة .

فصـــل

وكل ما يقبل التعليم ويمكن الاصطياد به من سباع البهائم كالفهد أو جوارح الطير فحكمه حكم الكلب في إباحة صيده : قال ابن عباس في قوله تعالى (وما علمتم من الجوارح) هي الكلاب المعلمة وكل طير تعلم الصيد والفهود والصقور وأشباهها ؛ وبمعنى هذا قال طاوس ويحيى بن أبي كثير والحسن ومالك والثوري وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن والشافعي وأبو ثور .

وحكى عن ابن عمر ومجاهد أنه لا يجوز الصيد إلا بالكلب لقول الله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين) يعني كلبتم من الكلاب . ولنا ما روى عن عدي قال : سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد البازي فقال « إذا أمسك عليك فكل » ولأنه جارح يصاد به عادة ويقبل التعليم فأشبه الكلب ، فأما الآية فإن الجوارح الكواسب (ويعلم ما جرحتم بالنهار) أي كسبتم ، وفلان جارحة أهله أي كاسبهم (مكلبين) من التكليب وهو الإغراء .

(فصل) وهل يجب غسل أثر فم الكلب من الصيد ؟ فيه وجهان . أحدهما لا يجب لأن الله تعالى ورسوله أمرا بأكله ولم يأمرا بغسله ؛ والثاني : يجب لأنه قد ثبتت نجاسته فيجب غسل ما أصابه كبوله .

« مسألة » قال ﴿ وإذا أرسل البازى وما أشبهه فصاد وقتل أكل وان أكل من الصيد لأن تعليمه بأن يأكل ﴾

وجملته : أنه يشترط فى الصيد بالبازى ما يشترط فى الصيد بالكلب الا ترك الأكل فلا يشترط ويباح صيده وان أكل منه ، وبهذا قال ابن‌عباس وإليه ذهب النخعى وحماد والثورى وأبو حنيفة وأصحابه ونص الشافعى على أنه كالكلب فى تحريم ما أكل منه من صيده لأن مجالداً روى عن الشعبي عن عدى بن حاتم عن النبي صلى الله عليه وسلم « فإن أكل الكلب والبازى فلا تأكل » ولأنه جارح أكل مما صاده عقيب قتله فأشبه سباع البهائم .

ولنا إجماع الصحابة روى الخلال بإسناده عن ابن عباس قال : إذا أكل الكلب فلا تأكل من الصيد ، واذا أكل الصقر فكل لأنك تستطيع أن تضرب الكلب ولا تستطيع أن تضرب الصقر ، وقد ذكرنا عن أربعة من الصحابة إباحة ما أكل منه الكلب ، وخالفهم ابن عباس فيه ووافقهم فى الصقر ولم ينقل عن أحد فى عصرهم خلافهم ولأن جوارح الطير تعلم بالأكل ويتعذر تعليمها بترك الأكل فلم يقدح فى تعليمها بخلاف الكلب والفهد ، واما الخبر فلا يصح يرويه مجالد ، وهو ضعيف .

قال احمد : مجالد يصير القصة واحدة،كم من اعجوبة لمجالد، والروايات الصحيحة تخالفه ولا يصح قياس الطير على السباع لما بينهما من الفرق ، فإذا ثبت هذا فكل جارح من الطير امكن تعليمه والاصطياد به من البازى والصقر والشاهين والعقاب حل صيدها على ما ذكرناه .

« مسألة » قال ﴿ ولا يؤكل ما صيد بالكلب الأسود إذا كان بهيما لانه شيطان ﴾

البهيم الذى لا يخالط لونه لون سواه ، قال احمد الذى ليس فيه بياض ، قال ثعلب وإبراهيم الحربي كل لون لم يخالطه لون آخر بهيم قيل لهما من كل لون ؟ قالا نعم ، وممن كره صيده الحسن والنخعي وقتادة وإسحاق ، قال احمد ما اعرف

أحداً يرخص فيه يعني من السلف وأباح صيده أبو حنيفة ومالك والشافعي لعموم الآية والخبر والقياس على غيره من الكلاب .

ولنا أنه كلب يحرم اقتناؤه ويجب قتله فلم يبح صيده كغير المعلم ، ودليل تحريم اقتنائه قول النبي صلى الله عليه وسلم « فاقتلوا منها كل أسود بهيم » رواه سعيد وغيره .

وروى مسلم في صحيحه بإسناده عن عبد الله بن المغفل قال : أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتل الكلاب ثم نهى عن قتلها فقال « عليكم بالأسود البهيم ذي النكتتين فإنه شيطان » فأمر بقتله وما وجب قتله حرم اقتناؤه وتعليمه فلم يبح صيده لغير المعلم ولأن النبي صلى الله عليه وسلم سماه شيطانا ولا يجوز اقتناء الشيطان وإباحة الصيد المقتول رخصة فلا تستباح بمحرم كسائر الرخص والعمومات مخصوصة بما ذكرناه ، وان كان فيه نكتتان فوق عينيه لم يخرج بذلك عن كونه بهيما لما ذكرناه من الخبر .

« مسألة » قال ﴿ واذا أدرك الصيد وفيه روح فلم يذكه حتى مات لم يؤكل ﴾

يعني والله أعلم ما كان فيه حياة مستقرة ، فأما ما كانت حياته كحياة المذبوح فهذا يباح من غير ذبح في قولهم جميعا فإن الذكاة في مثل هذا لا تفيد شيئا ، وكذلك لو ذبحه مجوسي ثم أعاد ذبحه مسلم لم يحل ، فأما ان أدركه وفيه حياة مستقرة فلم يذبحه حتى مات نظرت فان لم يتسع الزمان لذكاته حتى مات حل أيضا قال قتادة يأكله مالم يتوان في ذكاته أو يتركه عمداً وهو قادر على أن يذكيه ونحوه قول مالك والشافعي .

وروى عن الحسن والنخعي ، وقال أبو حنيفة : لا يحل لأنه أدركه حيا حياة مستقرة فتعلقت إباحته بتذكيته كما لو اتسع الزمان .

ولنا أنه لم يقدر على ذكاته بوجه ينسب فيه الى التفريط ولم يتسع لها الزمان فكان عقره ذكاته كالذي قتله ، ويفارق ما قاسوا عليه لانه أمكنه ذكاته وفرط بتركها ، ولو أدركه وفيه حياة مستقرة يعيش بها طويلا وأمكنته ذكاته فلم يدركه حتى مات لم يبح سواء كان به جرح يعيش معه أو لا ، وبه قال مالك والليث

والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى لأن ما كان كذلك فهو في حكم الحي بدليل أن عمر رضي الله عنه كانت جراحاته موحية فأوصى وأجيزت وصاياه وأقواله في تلك الحال ولا سقطت عنه الصلاة والعبادات ولأنه ترك تذكيته مع القدرة عليها فأشبه غير الصيد .

« مسألة » قال ﴿ فإن لم يكن معه ما يذكيه به أشلى الصائد له عليه حتى يقتله فيؤكل ﴾

يعني أغرى الكلب به وأرسله عليه ، ومعنى أشلى في العربية دعا إلا أن العامة تستعمله بمعنى أغراه ، ويحتمل أن الخرقي أراد دعاه ثم أرسله لان إرساله على الصيد يتضمن دعاءه اليه ، واختلف قول أحمد في هذه المسأله فعنه مثل قول الخرقي ، وهو قول الحسن وإبراهيم .

وقال في موضع : انى لأقشعر من هذا يعني أنه لا يراه ؛ وهو قول أكثر أهل العلم لأنه مقدور عليه فلم يبح بقتل الجارح له كبهيمة الانعام وكما لو أخذه سليما ، ووجه الاولى أنه صيد قتله الجارح له من غير إمكان ذكاته فأبيح كما لو أدركه ميتا ولأنها حال تتعذر فيها الذكاة في الحلق واللبة غالبا فجاز أن تكون ذكاته على حسب الامكان كالمتردية في بئر .

وحكى عن القاضي أنه قال في هذا يتركه حتى يموت فيحل لانه صيد تعذرت تذكيته فأبيح بموته من عقر الصائد له كالذي تعذرت تذكيته لقلة لبثه والأول أصح لانه حيوان لا يباح بغير التذكية اذا كان معه آلة الذكاة فلم يبح بغيرها إذا لم يكن معه آلة كسائر المقدور على تذكيته ، ومسئلة الخرقي محموله على مايخاف موته ان لم يقتله الحيوان أو يذكى فان كان به حياة يمكن بقاؤه الى أن يأتى به منزله فليس فيه اختلاف أنه لا يباح الا بالذكاة لانه مقدور على تذكيته .

« مسألة » قال ﴿ وإذا أرسل كلبه فأضاف معه غيره لم يؤكل إلا أن يدرك في الحياة فيذكى .

معنى المسأله أن يرسل كلبه على صيد فيجد الصيد ميتا ويجد مع كلبه كلبا لا يعرف حاله ولا يدرى هل وجدت فيه شرائط صيده أو لا ولا يعلم أيهما قتله

او يعلم انهما جميعا قتلاه او ان قاتله الكلب المجهول فإنه لا يباح الا ان يدركه حيا فيذكيه ، وبهذا قال عطاء والقاسم بن مخيمرة ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأى ولانعلم لهم مخالفا. والاصل فيه ما روى عدي بن حاتم، قال: سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت أرسل كلبي فأجد معه كلبا آخر قال « لا تأكل فانك إنما سميت على كلبك ولم تسم على الاخر » .

وفى لفظ « فان وجدت مع كلبك كلبا آخر فخشيت ان يكون أخذ معه ، وقد قتله فلا تأكله فانك إنما ذكرت اسم الله على كلبك » وفى لفظ « فانك لا تدرى أيها قتل ؟ » أخرجه البخاري ، ولانه شك فى الاصطياد المبيح فوجب إبقاء حكم التحريم ، فأما ان علم ان كلبه الذى قتل وحده او ان الكلب الاخر مما يباح صيده أبيح بدلالة تعليل تحريمه « فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على الاخر » وقوله «فانك لا تدرى أيها قتل ؟» ولانه لم يشك فى المبيح فلم يحرم كما لو كان هو أرسل الكلبين وسمى ، ولو جهل حال الكلب المشارك لكلبه ثم انكشف له أنه مسمى عليه مجتمعة فيه الشرائط حل الصيد ، ولو اعتقد حله لجهله بمشاركة الاخر له او لاعتقاده انه كلب مسمى عليه ثم بان بخلافه حرم لان حقيقة الاباحة والتحريم لا تتغير باعتقاده خلافها ولا الجهل بوجودها

(فصل) وان أرسل كلبه فأرسل مجوسى كلبه فقتلا صيداً لم يحل لان صيد المجوسى حرام فاذا اجتمع الحظر والاباحة غلب الحظر كالمتولد بين ما يؤكل وما لا يؤكل ولأن الاصل الحظر ، والحل موقوف على شرط وهو تذكية من هو من أهل الذكاة او صيده الذى حصلت التذكية به ولم يتحقق ذلك ، وكذلك ان رمياه بسهميهما فأصاباه فمات، ولا فرق بين ان يقع سهماهما فيه دفعة واحدة او يقع أحدهما قبل الاخر الا ان يكون الاول قد عقره عقراً موحيا مثل ان ذبحه او جعله فى حكم المذبوح ثم اصابه الثانى وهو غير مذبوح فيكون الحكم للأول ، فان كان الاول المسلم أبيح وان كان المجوسى لم يبح ،وان كان الثانى موحيا ايضا فقال أكثر أصحابنا الحكم للأول أيضاً لان الاباحة حصلت به فأشبه ما لو كان الثانى غير موح ، ويجىء على قول الخرقى انه لا يباح لقوله .

وإذا ذبح فأتى على المقاتل فلم تخرج الروح حتى وقعت فى الماء أو وطىء عليها شيء لم تؤكل ، ولأن الروح خرجت بالجرحين فأشبه ما لو جرحاه معاً .

وإن كان الأول ليس بموح والثانى موح فالحكم للثانى فى الحظر والإباحة ، وإن أرسل المسلم والمجوسى كلباً واحداً فقتل صيداً لم يبح لذلك ، وكذلك لو أرسله مسلمان وسمى أحدهما دون الآخر ، وكذلك لو أرسل المسلم كلبين أحدهما معلم والآخر غير معلم فقتلا صيداً لم يحل، وكذلك إن أرسل كلبه المعلم فاسترسل معه معلم آخر بنفسه فقتلا الصيد لم يحل فى قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة ومالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال الأوزاعى يحل ههنا .

ولنا أن إرسال الكلب على الصيد شرط لما بيناه ولم يوجد فى أحدهما

فصل

فإن أرسل مسلم كلبه وأرسل مجوسى كلبه فرد كلب المجوسى الصيد الى كلب المسلم فقتله حل أكله ، وهذا قول الشافعى وابى ثور . وقال ابو حنيفة : لا يحل لأن كلب المجوسى عاون فى اصطياده فأشبه اذا عقره

ولنا أن جارحة المسلم انفردت بقتله فأبيح كما لو رمى المجوسى سهمه فرد الصيد فأصابه سهم مسلم فقتله أو أمسك مجوسى شاة فذبحها مسلم وبهذا يبطل ما قاله .

(فصل) واذا صاد المجوسى بكلب مسلم لم يبح صيده فى قولهم جميعا ، وان صاد المسلم بكلب المجوسى فقتل حل صيده ، وبهذا قال سعيد بن المسيب والحكم ومالك والشافعى وابو ثور وأصحاب الرأى

وعن احمد لا يباح وكرهه جابر والحسن ومجاهد والنخعى والثورى ، لقوله تعالى (وما علمتم من الجوارح مكلبين) وهذا لم يعلمه . وعن الحسن انه كره الصيد بكلب اليهودى والنصرانى لهذه الآية

ولنا انه آلة صاد بها المسلم فحل صيده كالقوس والسهم ؛ قال ابن المسيب هى بمنزلة شفرته ، والآية دلت على إباحة الصيد بما علمناه، وما علمه غيرنا فهو فى معناه فيثبت الحكم بالقياس الذى ذكرناه ، يحققه أن التعليم إنما أثر فى جعله آلة ولا تشترط الأهلية فى ذلك كعمل القوس والسهم وانما تشترط فيما أقيم مقام الذكاة وهو ارسال الآلة من الكلب والسهم وقد وجد الشرط ههنا .

(فصـــل)

واذا أرسل جماعة كلاباً وسموا فوجدوا الصيد قتيلا لا يدرون من قتله حل أكله فإن اختلفوا فى قاتله وكانت الكلاب متعلقة به فهو بينهم على السواء لأن الجميع مشتركة فى امساكه فأشبه ما لو كان فى أيدى الصيادين أو عبيدهم ، وان كان البعض متعلقا به دون باقيها فهو لمن كلبه متعلق به ، وعلى من حكمنا له به اليمين فى المسالتين لأن دعواه محتملة فكانت اليمين عليه كصاحب اليد ، وان كان قتيلا والكلاب ناحية وقف الأمر حتى يصطلحوا ، ويحتمل أن يقرع بينهم فمن قرع صاحبه حلف وكان له ، وهـذا قول ابى ثور قياسا على ما لو تداعيا دابة فى يد غيرهما ، وعلى الاول اذا خيف فساده قبل اصطلاحهم عليه باعوه ثم اصطلحوا على ثمنه .

« مسئلة » قال (واذا سمى ورمى صيداً فأصابت غيره جاز أكله)

وجملة ذلك الأمر أن الصيد بالسهام وكل محدد جائز بلا خلاف وهو داخل فى مطلق قوله تعالى (فاصطادوا) وقال النبى صلى الله عليه وسـلم « فما صدت بقوسك وذكرت اسم الله عليه فكل »

وعن ابى قتادة انه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأى حماراً وحشيا فاستوى على فرسه وأخذ رمحه ثم شـد على الحمار فقتله ، فلما أدركوا رسول الله صلى الله عليه وسلم سالوه عن ذلك فقال « انما هى طعمة أطعمكموها الله » متفق عليه . ويعتبر فيه من الشروط ما ذكرنا فى الجارح الا التعليم ، وتعتبر التسمية عند ارسال السهم والطعن ان كان برمح والضرب ان كان مما يضرب لأنه الفعل الصادر منه ، وان تقدمت التسمية بزمن يسير جاز كما ذكرنا فى النية فى العبادات ويعتبر أن يقصد الصيد ، فلو رمى هدفا فأصاب صيداً ، أو قصد رمى انسان أو حجر أو رمى عبثا غير قاصد صيدا فقتله لم يحل ، وان قصد صيداً فأصابه وغيره حلا جميعا ، والجارح فى هذا بمنزلة السهم ، نص احمد على هذه المسائل وهو قول الثورى وقتادة وابى حنيفة والشافعى ، الا ان الشافعى قال : اذا أرسل الكلب على صيد فاخذ آخر فى طريقه حل ، وان عدل عن طريقه اليه ففيه روايتان .

وقال مالك : اذا أرسل كلبه على صيد بعينه فأخذ غيره لم يبح لأنه لم يقصد صيده إلا أن يرسله على صيود كبار فتتفرق عن صغار فإنها تباح اذا أخذها

ولنا عموم قوله تعالى (فكلوا مما أمسكن عليكم) وقوله عليه السلام « اذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل مما أمسك عليك » وقول النبي صلى الله عليه وسلم « كل ما ردت عليك قوسك » ولانه أرسل آلة الصيد على صيد لحل ما صاده كما لو أرسلها على كبار فتفرقت عن صغار فأخذها على مالك أو كما لو أخذ صيداً فى طريقه على الشافعي ، ولأنه لا يمكن تعليم الجارح اصطياد واحد بعينه دون واحد فسقط اعتباره .

فأما ان أرسل سهمه أو الجارح ولا يرى صيداً ولا يعلمه فصاد لم يحل صيده لانه لم يقصد صيداً ، لأن القصد لا يتحقق لما لا يعلمه . وبهذا قال الشافعي فى الكلب ، وقال الحسن ومعاوية بن قرة يأكله لعموم الآية والخبر ، ولانه قصد الصيد لحل له ما صاده كما لو رآه .

ولنا أن قصد الصيد شرط ولا يصح القصد مع عدم العلم فأشبه ما لو لم يقصد الصيد .

(فصـــل)

وان رأى سواداً أو سمع حساً فظنه آدميا أو بهيمة أو حجراً فرماه فقتله فإذا هو صيد لم يبح ، وبهذا قال مالك ومحمد بن الحسن . وقال ابو حنيفة يباح . وقال الشافعي : يباح ان كان المرسل سهماً ، ولا يباح ان جارحا ، واحتج من أباحه بعموم الآية والخبر ولانه قصد الاصطياد وسمى فأشبه ما لو علمه صيداً .

ولنا أنه لم يقصد الصيد فلم يبح كما لو رمى هدفا فأصاب صيداً ، وكما فى الجارح عند الشافعي ، وان ظنه كلبا أو خنزيرا لم يبح لذلك ، وقال محمد بن الحسن يباح لانه مما يباح قتله .

ولنا ما تقدم ، فأما ان ظنه صيداً حل لأنه ظن وجود الصيد أشبه ما لو رآه وان شك هل هو صيد أو لا ؟ أو غلب على ظنه أنه ليس بصيد لم يبح لان صحة القصد تنبني على العلم ولم يوجد ذلك ، وان رمى حجراً يظنه صيدا فقتل صيداً

فقال أبو الخطاب لا يباح لانه لم يقصد صيداً على الحقيقة ، ويحتمل ان يباح لان صحة القصد تنبنى على الظن وقد وجد فصح قصده فينبغى ان يحل صيده .

« مسئله » قال (واذا رماه فغاب عن عينه فوجده ميتا وسهمه فيه ولا أثر به غيره حل أكله)

هذا هو المشهور عن احمد ، وكذلك لو أرسل كلبه على صيد فغاب عن عينه ثم وجده ميتا ومعه كلبه حل . وهـذا قول الحسن وقتادة ، وعن احمد ان غاب نهارا فلا بأس ، وان غاب ليلا لم يأكله وعن مالك كالروايتين ، وعن أحمد مايدل على انه ان غاب مدة طويلة لم يبح ، وان كانت يسيرة أبيح لأنه قيل له ان غاب يوما قال يوم كثير ، ووجه ذلك قول ابن عباس : اذا رميت فاقعصت فكل ، وان رميت فوجدت فيه سهمك من يومك أو ليلتك فكل ، وان بات عنك ليلة فلا تأكل فإنك لا تدرى ما حـدث فيه بعد ذلك ، وكره عطاء والثورى أكل ما غاب . وعن أحمد مثل ذلك ، وللشافعي فيه قولان لأن ابن عباس قال « كل ما أصميت وما أنميت فلا تأكل »

قال الحكم : الاصماء الاقعاص يعنى انه يموت فى الحال ، والانماء ان يغيب عنك يعنى انه لا يموت فى الحال قال الشاعر :

فهو لا تنمى رميتـه ماله لا عد من نفره

وقال ابو حنيفة : يباح ان لم يكن ترك طلبه وان تشاغل عنه ثم وجده لم يبح

ولنا ما روى عدى بن حاتم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا رميت الصيد فوجدته بعد يوم او يومين ليس به الا اثر سهمك فكل وان وجدته غريقا فى الماء فلا تأكل » متفق عليه

وعن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله افتنى فى سهمى ؟ قال مارد عليك سهمك فكل ، قال وان تغيب عنى؟ قال وان تغيب عنك مالم تجد فيه اثرا غير سهمك او تجده قد صل[1] » رواه ابو داود ، وعن ابى ثعلبة عن النبي (ص) انه قال « اذا رميت الصيد فادركته بعد ثلاث

---

(١) صل بالصاد المهملة جاف وتغير وبالضـاد ايضا بمعنى

وسهمك فيه فكله ما لم ينتن ، ولان جرحه بسهمه سبب إباحته وقد وجد يقينا والمعارض له مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك ولانه وجده وسهمه فيه ولم يجد به أثراً آخر فاشبه مالو لم يترك طلبه عند أبي حنيفة أو كما لو غاب نهارا أو مدة يسيرة أو كما لو لم يغب .

اذا ثبت هذا فانه يشترط فى حله شرطان .

أحدهما : ان يجد سهمه فيه أو أثره ويعلم انه اثر سهمه لانه اذا لم يكن كذلك فهو شاك فى وجود المبيح فلا يثبت بالشك .

والثانى ان لا يجد به اثراً غير سهمه مما يحتمل انه قتله لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ما لم تجد فيه اثراً غير سهمك » وفى لفظ « وان وجدت فيه اثراً غير سهمك فلا تأكله فإنك لا تدرى أقتلته أنت او غيرك ؟ » رواه الدارقطنى ، وفى لفظ « اذا وجدت فيه سهمك ولم يأكل منه سبع فكل منه » رواه النسائى ، وفى حديث عدى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « فان رميت الصيد فوجدته بعد يوم او يومين ليس به الا أثر سهمك فكل ، وان وقع فى الماء فلا تأكل » رواه البخارى ، وقال عليه السلام « وان وجدته غريقا فى الماء فلا تأكل » ولانه اذا كان به اثر يصلح ان يكون قد قتله فقد تحقق المعارض فلم يبح كما لو وجد مع كلبه كلبا سواه .

فاما ان كان الاثر مما لا يقتل مثله مثل أكل حيوان ضعيف كالسنور والثعلب من حيوان قوى فهو مباح لانه يعلم ان هذا لم يقتله فاشبه ما لو تهشم من وقعته

« مسألة » قال (واذا رماه فوقع فى ماء او تردى من جبل لم يؤكل)

يعنى وقع فى ماء يقتله مثله او تردى ترديا يقتله مثله ولا فرق فى قول الخرقى بين كون الجراحة موحية او غير موحية ، هذا المشهور عن احمد ، وظاهر قول ابن مسعود وعطاء وربيعة واسحاق واصحاب الرأى ، واكثر اصحابنا المتاخرين يقولون : ان كانت الجراحة موحية مثل إن ذبحه اوأبان حشوته لم يضر وقوعه فى الماء ولا ترديه ، وهو قول الشافعى ومالك والليث وقتادة وأبى ثور ، لان هذا صار فى حكم الميت بالذبح فلا يؤثر فيه ما أصابه .

ووجه الأول : قوله « وان وقع فى الماء فلا تأكل » ولأنه يحتمل أن الماء أعان على خروج روحه فصار بمنزلة ما لو كانت الجراحة غير موحية ولا خلاف فى تحريمه إذا كانت الجراحة غير موحية ، ولو وقع الحيوان فى الماء على وجه لا يقتله مثل أن يكون رأسه خارجا من الماء أو يكون من طير الماء الذى لا يقتله الماء أو كان التردى لا يقتل مثل ذلك الحيوان فلا خلاف فى إباحته لأن النبي (ص) قال « فان وجدته غريقا فى الماء فلا تأكله » ولأن الوقوع فى الماء والتردى إنما حرم خشية أن يكون قاتلا أو معينا على القتل وهذا منتف فيما ذكرناه .

(فصل) فإن رمى طائراً فى الهواء أو على شجرة أو جبل فوقع الى الأرض فمات حل ، وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال مالك لا يحل إلا أن تكون الجراحة موحية أو يموت قبل سقوطه لقوله تعالى (والمتردية) ولأنه اجتمع المبيح والحاظر فغلب الحظر كما لو غرق .

ولنا أنه صيد سقط بالاصابة سقوطا لا يمكن الاحتراز عن سقوطه عليه فوجب أن يحل كما لو أصاب الصيد فوقع على جنبه ويخالف ما ذكروه فإن الماء يمكن التحرز منه وهو قاتل بخلاف الأرض .

« مسألة » قال (وإذا رمى صيداً فقتل جماعة فكله حلال)

قد سبق شرح هذه المسألة فيما إذا رمى صيداً فأصاب غيره .

(فصل) قال أحمد : لا بأس بصيد الليل . فقيل له قول النبي صلى الله عليه وسلم « أقروا الطير على وكناتها » فقال : هذا كان أحدكم يريد الأمر فيثير الطير حتى يتفاءل ان كان عن يمينه قال كذا ، وان جاء عن يساره قال كذا فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أقروا الطير على وكناتها » وروى له عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تطرقوا الطير فى أوكارها فان الليل لها أمان » فقال هذا ليس بشيء يرويه فرات بن السائب وليس بشيء ، ورواه عنه حفص بن عمر ولا أعرفه . قال يزيد بن هارون : وماعلمت أن أحداً كره صيد الليل ، قال يحيى ابن معين ليس به بأس ، وسئل هل يكره للرجل صيد الفراخ الصغار مثل الورشان وغيره يعنى من أوكارها ؟ فلم يكرهه .

« مسألة » قال (واذا رمى صيداً فأبان منه عضواً لم يؤكل ما بان منه ويؤكل ما سواه فى إحدى الروايتين والأخرى يأكله وما أبان منه)

وجملته : أنه إذا رمى صيداً أو ضربه فبان بعضه لم يخل من أحوال ثلاثة .

أحدها : أن يقطعه قطعتين أو يقطع رأسه فهذا جميعه حلال سواء كانت القطعتان متساويتين أو متفاوتتين وبهذا قال الشافعى ، وروى ذلك عن عكرمة والنخعى وقتادة ، وقال أبو حنيفة ان كانتا متساويتين أو التى مع الرأس أقل حلتا وان كانت الأخرى أقل لم يحل وحل الرأس وما معه لان النبى صلى الله عليه وسلم قال « ما أبين من حى فهو ميت » .

ولنا أنه جزء لا تبقى الحياة مع فقده فأبيح كما لو تساوت القطعتان .

الحال الثانى : أن يبين منه عضو وتبقى فيه حياة مستقرة فالبائن محرم بكل حال سواء بقى الحيوان حيا أو أدركه فذكاه أو رماه بسهم آخر فقتله الا أنه ان ذكاه حل بكل حال دون ما أبان منه وان ضربه فى غير مذبحه فقتله نظرت فان لم يكن أثبته بالضربة الاولى حل دون ما أبان منه وان كان أثبته لم يحل شيء منه لان ذكاة المقدور عليه فى الحلق واللبة .

الحال الثالث : أبان منه عضواً ولم تبق فيه حياة مستقرة فهذه التى ذكر الخرقى فيها روايتين . أشهرهما : عن أحمد إباحتهما ، قال أحمد إنما حديث النبى (ص) « ما قطعت من الحى ميتة إذا قطعت وهى حية تمشى وتذهب » اما إذا كانت البينونة والموت جميعاً او بعده بقليل إذا كان فى علاج الموت فلا بأس به ألا ترى الذى يذبح ربما مكث ساعة وربما مشى حتى يموت ؟ وهذا مذهب الشافعى وروى ذلك عن على وعطاء والحسن

وقال قتادة وإبراهيم وعكرمة : ان وقعا معا أكلهما ، وان مشى بعد قطع العضو أكله ولم يأكل العضو .

والرواية الثانية : لا يباح ما بان منه ، وهذا مذهب أبى حنيفة لقول النبى صلى الله عليه وسلم « ما أبين من حى فهو ميت » ولان هذه البينونة لا تمنع بقاء الحيوان فى العادة فلم يبح أكل البائن كما لو أدركه الصياد وفيه حياة مستقرة ،

والأولى المشهورة لأن ما كان ذكاة لبعض الحيوان كان ذكاة لجميعه كما لو قده نصفين والخبر يقتضي أن يكون الباقي حيا حتى يكون المنفصل منه ميتاً وكذا نقول. قال أبو الخطاب : فإن بقي معلقا بجلده حل رواية واحدة .

(فصل) قال أحمد حدثنـا هشيم عن منصور عن الحسن أنه كان لا يرى بالطريدة بأساً كان المسلمون يفعلون ذلك في مغازيهم وما زال الناس يفعلونه في مغازيهم. واستحسنه أبو عبد الله قال والطريدة الصيد يقع بين القوم فيقطع ذا منه بسيفه قطعة ويقطع الآخر أيضاً حتى يؤتى عليه وهو حي قال : وليس هو عندي الا أن الصيد يقطع بينهم لا يقدرون على ذكاته فيأخذونه قطعا .

« مسألة » قال ﴿ وكذلك اذا نصب المناجل للصيد ﴾

وجملته : أنه اذا نصب المناجل للصيد فعقرت صيداً أو قتلته حل . فإن بان منه عضو فحكمه حكم البائن بضربة الصائد روي نحو ذلك عن ابن عمر ، وهو قول الحسن وقتادة .

وقال الشافعي : لا يباح بحال لأنه لم يذكه أحد وإنما قتلت المناجل بنفسها ولم يوجد من الصائد الا السبب فجرى ذلك مجرى من نصب سكينا فذبحت شاة ولأنه لو رمى سهما وهو لا يرى صيداً فقتل صيدا لم يحل فهذا أولى .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « كل ما ردت عليك يدك » ولأنه قتل الصيد بحديدة على الوجه المعتاد فأشبه مالو رماه بها ولأنه قصد قتل الصيد بما له حد جرت العادة بالصيد به أشبه ما ذكرنا والسبب جرى مجرى المباشرة في الضمان فكذلك في إباحة الصيد ، وفارق ما إذا نصب سكينا فان العادة لم تجر بالصيد بها وإذا رمى سهما ولم ير صيدا فليس ذلك بمعتاد والظاهر أنه لا يصيب صيدا فلم يصح قصده وهذا بخلافه .

(فصل) فأما ما قتلته الشبكة أو الحبل فهو محرم ولا نعلم فيه خلافا إلا عن الحسن أنه يباح ما قتله الحبل إذا سمى فدخل فيه وجرحه وهذا قول شاذ يخالف عوام أهل العلم ولأنه قتله بما ليس له حد أشبه ما لو قتله بالبندق .

« مسألة » قال (وإذا صاد بالمعراض أكل ما قتل بحده ولا يأكل ما قتل بعرضه)

المعراض : عود محدد وربما جعل فى رأسه حديدة ، قال أحمد المعراض يشبه السهم يحذف به الصيد فربما أصاب الصيد بحده فخرق وقتل فيباح ، وربما أصاب بعرضه فقتل بثقله فيكون موقوذا فلا يباح . وهذا قول على وعثمان وعمار وابن عباس ، وبه قال النخعى والحكم ومالك والثورى والشافعى وأبو حنيفة وإسحاق وأبو ثور .

وقال الأوزاعى وأهل الشام : يباح ما قتله بحده وعرضه ، وقال ابن عمر . ما رمى من الصيد بجلاهق أو معراض فهو من الموقوذة ، وبه قال الحسن .

ولنا ما روى عدى بن حاتم قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيد المعراض فقال « ما خرق فكل وما قتل بعرضه فهو وقيذ فلا تأكل » متفق عليه ، وهذا نص ولأن ما قتله بحده بمنزلة ما طعنه برمحه أو رماه بسهمه ولأنه محدد خرق وقتل بحده ، ولا قتل بعرضه انما يقتله بثقله فهو موقوذ كالذى رماه بحجر أو ببندقة .

(فصل) قال وحكم سائر آلات الصيد حكم المعراض فى أنها إذا قتلت بعرضها ولم تجرح لم يبح الصيد كالسهم يصيب الطائر بعرضه فيقتله والرمح والحربة والسيف يضرب به صفحا فيقتل فكل ذلك حرام وهكذا ان أصاب بحده فلم يجرح وقتل بثقله لم يبح لقول النبى صلى الله عليه وسلم « ما خرق فكل » ولأنه اذا لم يجرحه فانما يقتله بثقله فأشبه ما أصاب بعرضه .

« مسألة » قال (وإذا رمى صيدا فعقره ورماه آخر فأثبته ورماه آخر فقتله لم يؤكل وكان لمن أثبته القيمة مجروحا على قاتله)

أما الذى عقره ولم يثبته فلا شىء له ولا عليه لأنه حين ضربه كان مباحا لا ملك لأحد فيه ولم يثبت له فيه حق لأنه باق على امتناعه ، وأما الذى أثبته فقد ملكه لأنه أزال امتناعه فصار بمنزلة امساكه ، فاذا ضربه الثالث فقتله فعليه ضمانه

لأنه قتل حيوانا مملوكا لغيره وهذا محمول على أن جرح المثبت ليس بموح بدليل أنه نسب القتل الى الثالث ويضمنه مجروحا حين الجرح الأول والثانى لأنه قتله وهما فيه ، فأما إباحته فينظر فيه فإن كان القاتل أصاب مذبحه حل لأنه صادف محل الذبح وليس عليه إلا أرش ذبحه كما لو ذبح شاة لغيره . وان كان أصاب غير مذبحه لم يحل لأنه لما أثبته صار مقدوراً عليه لا يحل إلا بالذبح فى الحلق واللبة فإذا قتله بغير ذلك لم يحل كما لو قتل شاة ، وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى وأبى يوسف ومحمد .

(فصـــل)

وإن رمى صيدا فأثبته ثم رماه آخر فأصابه لم تخل رمية الاول من قسمين .
أحدهما : أن تكون موحية مثل أن تنحره أو تذبحه أو تقع فى خاصرته أو قلبه فينظر فى رمية الثانى فإن كانت غير موحية فهو حلال ولا ضمان على الثانى إلا أن ينقصه رميه شيئا فيضمن ما نقصه لأنه بالرمية الاولى صار مذبوحا ، وان كانت رمية الثانى موحيه ، فقال القاضى وأصحابه يحل كالتى قبلها ، وهو مذهب الشافعى ويجىء على قول الخرقى أن يكون حراما كقوله فيمن ذبح فأتى على المقاتل فلم تخرج الروح حتى وقعت فى الماء أو وطىء عليها شىء لم يؤكل .
القسم الثانى : أن يكون جرح الاول غير موح فينظر فى رمية الثانى فان كانت موحية فهو محرم لما ذكرنا الا أن تكون ذبحته أو نحرته ، وان كانت غير موحية فلها ثلاث صور .

احداها : أنه ذكى بعد ذلك فيحل .

والثانية : لم يذك حتى مات فانه يحرم لأنه مات من جرحين مبيح ومحرم فحرم كما لو مات من جرح مسلم ومجوسى ، وعلى الثانى ضمان جميعه لان جرحه هو الذى حرمه فكان جميع الضمان عليه .

والثالثة : قدر على ذكاته فلم يذكه حتى مات حرم لمعنيين . أحدهما : أنه ترك ذكاته مع امكانها ، والثانى : أنه مات من جرحين مبيح . ومحرم . ويلزم الثانى الضمان ، وفى قدره احتمالان .

أحدهما : يضمن جميعه كالتى قبلها .

قال القاضى : هذا قول الخرقى لإيجابه الضمان فى مسألته على الثالث من غير تفريق ؛ وليست هذه مسألة الخرقى لقوله ثم رماه الثالث فقتله ، فتعين حملها على أن جرح الثانى كان موحياً لا غير .

الاحتمال الثانى : أن يضمن الثانى بقسط جرحه لأن الأول إذا ترك الذبح مع إمكانه صار جرحه حاظراً أيضا ، بدليل ما لو انفرد وقتل الصيد فيكون الضمان منقسما عليهما .

وذكر القاضى فى قسمته عليهما أنه يقسط أرش جرح الاول وعلى الثانى أرش جراحته ثم يقسم ما بقى من القيمة بينهما نصفين ، وفرض المسألة فى صيد قيمته عشرة دراهم نقصه جرح الأول درهما ونقصه جرح الثانى درهماً فعليه درهم ويقسم الباقى وهو ثمانية بينهما نصفين فيكون على الثانى خمسة دراهم درهم بالمباشرة وأربعة بالسراية وتسقط حصة الأول وهى خمسة ، وإن كان أرش جرح الثانى درهمين لزماه ويلزمه نصف السبعة الباقية ثلاثة ونصف فيلزمه خمسة ونصف ، وتسقط حصة الأول أربعة ونصف ، وان كانت جنايتهما على حيوان مملوك لغيرهما قسم الضمان عليهما كذلك ، ويتوجه على هذه الطريقة انه سوى بين الجنايتين مع أن الثانى جنى عليه وقيمته دون قيمته يوم جنى عليه الأول ، وأنه لم يدخل أرش الجنايه فى بدل النفس كما يدخل فى الجناية على الآدمى

والجواب عن هذا أن كل واحد منهما انفرد بإتلاف ما قيمته درهم وتساويا فى اتلاف الباقى بالسراية فتساويا فى الضمان ، وانما يدخل أرش الجناية فى بدل النفس التى لا ينقص بدلها بإتلاف بعضها وهو الآدمى ، أما البهائم فإنه اذا جنى عليها جناية أرشها درهم نقص ذلك من قيمتها ، فإذا سرى الى النفس أوجبنا مابقى من قيمة النفس ولم يدخل الارش فيها .

وذكر أصحاب الشافعى فى قسمة الضمان طرقا ستة أصحها عندهم أن يقال ان الاول أتلف نصف نفس قيمتها عشرة فيلزمه خمسة . والثانى أتلف نصف نفس قيمتها تسعة فيلزمه أربعة ونصف فيكون المجموع تسعة ونصفا وهى أقل من قيمته لأنها عشرة فتقسم العشرة على تسعة ونصف فيسقط عن الاول مايقابل أربعة ونصفا

ويتوجه على هذا أن كل واحد منهما يلزمه أكثر من قيمة نصف الصيد حين جنى عليه ، وان كانت الجراحات من ثلاثة ، فإن كان الاول هو أثبته فعلى طريقة القاضى على كل واحد أرش جرحه وتقسم السراية عليهم أثلاثا ، وان كان المثبت له هو الثانى فجراحة الاول هدر لا عبرة بها والحكم فى جراحة الاخرين كما ذكرنا وعلى الطريقة الاخرى الاول أتلف ثلث نفس قيمتها عشرة فيلزمه ثلاثة وثلث والثانى أتلف ثلثها وقيمتها تسعة فيلزمه ثلاثة ، والثالث أتلف ثلثها وقيمتها ثمانيه فيلزمه درهمان وثلثان ومجموع ذلك تسعة تقسم عليها العشرة حصة كل واحدمنهم ما يقابل ما أتلفه ، وان أتلفوا شاة مملوكة لغيرهم ضمنوها كذلك .

فصل

فإن رمياه معاً فقتلاه كان حلالا وملكاه لانهما اشتركا فى سبب الملك والحل تساوى الجرحان أو تفاوتا لأن موته كان بهما ، فإن كان أحدهما موحيا والاخر غير موح ولا يثبته مثله فهو لصاحب الجرح الموحى لأنه الذى أثبته وقتله ولا شيء على الاخر لان جرحه كان قبل ثبوت ملك الاخر فيه ، وان أصابه احدهما بعد صاحبه فوجدناه ميتا ولم نعلم هل صار بالاول ممتنعا أو لا حل لان الأصل الامتناع ويكون بينهما لان ايديهما عليه ، فإن قال كل واحد منهما انا أثبته ثم قتلته انت. حرم لانهما اتفقا على تحريمه ويتحالفان لاخذ الضمان

وان اتفقا على الاول منهما فادعى الاول انه اثبته ثم قتله وانكر الثانى اثبات الاول له فالقول قول الثانى لان الاصل عدم امتناعه ويحرم على الاول لإقراره بتحريمه والقول قول الثانى فى عدم الامتناع مع يمينه

وان علمت جراحة كل واحد منهما نظرنا فيها فإن علم ان جراحة الاول لا يبقى معها امتناع ، مثل ان كسر جناح الطائر او ساق الظبى فالقول قول الاول بغير يمين ، وان علم انه لا يزيل الامتناع مثل خدش الجلد فالقول قول الثانى ، وان احتمل الامرين فالقول قول الثانى لان الاصل معه وعليه اليمين . لان ما ادعاه الاول محتمل

(فصل) وان رمى صيداً فأصابه وبقى على امتناعه حتى دخل دار انسان فأخذه فهو لمن اخذه لان الاول لم يملكه لكونه ممتنعا فملكه الثانى بأخذه ،

ولو رمى طائراً على شجرة فى دار قوم فطرحه فى دارهم فأخذوه فهو للرامى دونهم لأن ملكه بإزالة امتناعه .

(فصل) قال أصحابنا : وإذا تعلق صيد فى شرك إنسان أو شبكته ملكه لأنه أثبته بآلته ، فإن أخذه أحد لزمه رده عليه لأن آلته أثبتته فأشبه ما لو أثبته بسهمه ، فإن لم تمسكه الشبكة بل انفلت منها فى الحال أو بعد حين لم يملكه لأنه لم يثبته ، وان أخذ الشبكة وانفلت بها فصاده إنسان ملكه ويرد الشبكة على صاحبها لانه لم يثبته ، وان كان يمشى بالشبكة على وجه لا يقدر على الامتناع فهو لصاحبها لانها أزالت امتناعه ، وإذا أمسك الصائد وثبتت يده عليه ثم انفلت منه لم يزل ملكه عنه لانه امتنع منه بعد ثبوت ملكه فلم يزل ملكه عنه كما لو شردت فرسه أو ند بعيره ، فإن اصطاد صيداً فوجد عليه علامة ، مثل ان يجد فى عنقه قلادة أو فى أذنه قرط لم يملكه لان الذى اصطاده ملكه فلا يزول ملكه بالانفلات ، وكذلك ان وجد طائراً مقصوص الجناح .

فإن قيل يحتمل أن الذى أمسكه أولا محرم لم يملكه أو انه أرسله على سبيل التخلية وإزالة الملك عنه كإلقاء الشيء التافه

قلنا أما الاول فنادر وهو مخالف للظاهر ، لان الظاهر حال المحرم انه لا يصيد ما حرم الله عليه .

وأما الثانى فخلاف الاصل فإن الاصل بقاء ملكه عليه ، وما ذكروه محتمل فلا يزول الملك بالشك ؛ وان علم أن مالكه أرسله اختيارا فقال أصحابنا لا يزول الملك عنه بالارسال والاعتاق ، كما لو أرسل البعير والبقرة ، ويحتمل أن يزول الملك لان الاصل الاباحة فالارسال يرده إلى أصله ؛ ويفارق بهيمة الانعام من وجهين . أحدهما : أن الاصل ههنا الاباحة وبهيمة الانعام بخلافه

الثانى : ان الارسال ههنا يفيد وهو رد الصيد الى الخلاص من أيدى الادميين وحبسهم ، ولهذا روى عن أبى الدرداء انه اشترى عصفورا من صبى فأرسله ، ويجب إرسال الصيد على المحرم اذا أحرم او دخل الحرم وهو فى يده بخلاف بهيمة الانعام فإن إرساله تضييع له وربما هلك اذا لم يكن له من يقوم به .

« مسألة » قال (ومن كان فى سفينة فوثبت سمكة فسقطت فى حجره فهى له دون صاحب السفينة)

وذلك لان السمكة من الصيد المباح يملك بالسبق اليه ، وهذه حصلت فى يد الذى هى فى حجره وحجره له ويده عليه دون صاحب السفينة ، ألا ترى أنهما لو تنازعا كيسا فى حجره كان أحق به من صاحب السفينة ، كذا ههنا ، ومفهوم كلام الخرقى ان السمكة إذا وقعت فى السفينة فهى لصاحبها ، وذكره ابن ابى موسى لان السفينة ملكه ويده عليها فما حصل من المباح فيها كان أحق به كحجره .

(فصل) فإن كانت السمكة وثبت بسبب فعل إنسان لقصد الصيد كالصياد الذى يجعل فى السفينة ضوءاً بالليل ويدق بشىء كالجرس ليثب السمك فى السفينة فهذا للصائد دون من وقع فى حجره لان الصائد أثبتها بذلك فصار كمن رمى طائرا فألقاه فى دار قوم ، وان لم يقصد الصيد بهذا بل حصل اتفاقا كانت لمن وقعت فى حجره .

« مسألة » قال (ولا يصاد السمك بشىء نجس)

ومعنى ذلك ان يترك فى الماء شىء نجس كالعذرة والميتة وشبهها ليأكله السمك فيصيبوه به فكره احمد ذلك وقال . هو حرام لا يصاد به ، وانما كره احمد ذلك لما يتضمن من أكل السمك النجاسة ، وسواء فى هذا ما يتفرق كالدم والعذرة ، ومالا يتفرق كالجرذ وقطعةمن الميتة، وكره أحمد الصيد ببنات وردان وقال : ان مأواها الحشوش ، وكره الصيد بالضفادع وقال الضفدع نهى عن قتله .

(فصل) وكره الصيد بالخراطيم وكل شىء فيه الروح لما فيه من تعذيب الحيوان فإن اصطاد فالصيد مباح ، وكره الصيد بالشباش ، وهو طائر يخيط عينه أو يربط من أجل تعذيبه ولم ير بأسا بالصيد بالشبكة والشرك وشىء فيه دبق يمنع الطير من الطيران وان يطعم شيئا إذا أكله سكر وأخذ

« مسئلة » قال (ولا يؤكل صيد مرتد ولا ذبيحته وان تدين بدين أهل الكتاب)

يعنى ما قتله من الصيد ولم تدرك ذكاته وهذا قول أكثر أهل العلم . منهم : الشافعى وأبو حنيفة وأصحابه ، قال الأوزاعى وإسحاق تباح ذبيحته إذا ذهب إلى النصرانية أو اليهودية لأن من تولى قوما فهو منهم .

ولنا أنه كافر لا يقر على كفره فلم تبح ذبيحته كعبدة الأوثان ؛ وقد مضت هذه المسألة فى باب المرتد .

« مسألة » قال (ومن ترك التسمية على الصيد عامداً أو ساهياً لم يؤكل ، وان ترك التسمية على الذبيحة عامداً لم تؤكل وان تركها ساهيا أكلت)

أما الصيد فقد مضى القول فيه ، وأما الذبيحة فالمشهور من مذهب أحمد أنها شرط مع الذكر وتسقط بالسهو ، وروى ذلك عن ابن عباس ، وبه قال مالك والثورى وأبو حنيفة واسحاق ، وممن أباح ما نسيت التسميه عليه عطاء وطاوس وسعيد بن المسيب والحسن وعبد الرحمن بن أبى ليلى وجعفر بن محمد وربيعة ، وعن أحمد أنها مستحبة غير واجبة فى عمد ولا سهو ، وبه قال الشافعى لما ذكرنا فى الصيد ، قال أحمد إنما قال الله (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) يعنى الميتة وذكر ذلك عن ابن عباس .

ولنا قول ابن عباس من نسى التسمية فلا بأس ، وروى سعيد بن منصور بإسناده عن راشد بن ربيعة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ذبيحه المسلم حلال ، وان لم يسم مالم يتعمد » ولأنه قول من سمينا ولم نعرف لهم فى الصحابة مخالفا وقوله تعالى (ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) محمول على ما تركت التسمية عليه عمداً بدليل قوله (وإنه لفسق) والأكل مما نسيت التسمية عليه ليس بفسق ويفارق الصيد لأن ذبحه فى غير محل فاعتبرت التسمية تقوية له والذبيحة بخلاف ذلك .

(فصل) والتسمية على الذبيحة معتبرة حال الذبح أو قريبا منه كما تعتبر على الطهارة وان سمى على شاة ثم أخذ أخرى فذبحها بتلك التسمية لم يجز سواء أرسل الأولى أو ذبحها لأنه لم يقصد الثانية بهذه التسمية . وان رأى قطيعاً من الغنم فقال

بسم الله ثم أخذ شاة فذبحها بغير تسمية لم يحل ، وان جهل كون ذلك لا يجزىء لم يجر مجرى النسيان لأن النسيان يسقط المؤاخذة، والجاهل مؤاخذولذلك يفطر الجاهل بالأكل فى الصوم دون الناسى ، وان أضجع شاة ليذبحها وسمى ثم ألق السكين وأخذ أخرى أو رد سلاما أو كلم إنسانا أو استسقى ماء ونحو ذلك وذبح حل لأنه سمى على تلك الشاة بعينها ولم يفصل بينهما الا بفصل يسير فأشبه مالولم يتكلم

(فصل) وان سمى الصائد على صيد فأصاب غيره حل وان سمى على سهم ثم ألقاه وأخذ غيره فرمى به لم يبح ما صاده به لأنه لما لم يمكن اعتبار التسمية على صيد بعينه اعتبرت على الآلة التي يصيد بها بخلاف الذبيحة ، ويحتمل أن يباح قياسا على ما لو سمى على سكين ثم ألقاها وأخذ غيرها ؛ وسقوط اعتبار تعيين الصيد لمشقته لا يقتضى اعتبار تعيين الآلة فلا يعتبر .

« مسألة » قال (واذا ند بعير فلم يقدر عليه فرماه بسهم أو نحوه مما يسيل به دمه فقتله أكل)

وكذلك ان تردى فى بئر فلم يقدر على تذكيته فجرحه فى أى موضع قدر عليه فقتله أكل الا أن تكون رأسه فى الماء فلا يؤكل لان الماء يعين على قتله — هذا قول أكثر الفقهاء روى ذلك عن علي وابن مسعود وابن عمر وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم ، وبه قال مسروق والأسود والحسن وعطاء وطاوس واسحاق والشعبي والحكم وحماد والثورى وأبو حنيفة والشافعى واسحاق وأبو ثور ، وقال مالك : لا يجوز أكله الا أن يذكى ، وهو قول ربيعة والليث .

قال أحمد : لعل مالكا لم يسمع حديث رافع بن خديج ، واحتج لمالك بأن الحيوان الانسى اذا توحش لم يثبت له حكم الوحشى بدليل أنه لا يجب على المحرم الجزاء بقتله ولا يصير الحمار الاهلي مباحا اذا توحش .

ولنا ما روى رافع بن خديج قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم فند بعير وكان فى القوم خيل يسيرة فطلبوه فأعياهم فأهوى اليه رجل بسهم فحبسه الله فقال النبي صلى الله عليه وسلم « ان لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما غلبكم منها

فاصنعوا به هكذا » وفى لفظ « فما ند عليكم فاصنعوا به هكذا » متفق عليه وحرب[١] ثور فى بعض دور الانصار فضربه رجل بالسيف وذكر اسم الله عليه فسئل عنه على فقال ذكاة وحية[٢] فأمرهم بأكله وتردى بعير فى بئر فذكى من قبل شاكلته فبيع بعشرين درهما فأخذ ابن عمر عشره بدرهمين ولأن الاعتبار فى الذكاة بحال الحيوان وقت ذبحه لا بأصله بدليل الوحشى اذا قدر عليه وجبت تذكيته فى الحلق واللبة ، وكذلك الأهلى اذا توحش يعتبر بحاله ، وبهذا فارق ماذكروه فإذا تردى فلم يقدر على تذكيته فهو معجوز عن تذكيته فأشبه الوحشى فأما ان كان رأس المتردى فى الماء لم يبح لان المـاء يعين على قتله فيحصل قتله بمبيح وحاظر فيحرم كما لو جرحه مسلم ومجوسى .

« مسألة » قال (والمسلم والكتابى فى كل ما وصفت سواء)

يعنى فى الاصطياد والذبح ، وأجمع أهل العلم على اباحة ذبائح أهل الكتاب لقول الله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) يعنى ذبائحهم ، قال البخارى ، قال ابن عباس « طعامهم ذبائحهم » وكذلك قال مجاهد وقتادة ، وروى معناه عن ابن مسعود وأكثر أهل العلم يرون اباحة صيدهم أيضا قال ذلك عطاء والليث والشافعى وأصحاب الرأى ولانعلم أحدا حرم صيد أهل الكتاب الا مالكا أباح ذبائحهم وحرم صيدهم ، ولا يصح لأن صيدهم من طعامهم فيدخل فى عموم الآية ولان من حلت ذبيحته حل صيده كالمسلم .

(فصل) ولا فرق بين العدل والفاسق من المسلمين وأهل الكتاب ، وعن ابن عباس رضى الله عنه لا تؤكل ذبيحة الاقلف ، وعن أحمد مثله والصحيح اباحته فإنه مسلم فأشبه سائر المسلمين واذا أبيحت ذبيحة القاذف والزانى وشارب الخمر مع تحقق فسقه وذبيحة النصرانى وهو كافر أقلف فالمسلم أولى .

(فصل) ولا فرق بين الحربى والذمى فى اباحه ذبيحة الكتابى منهم وتحريم

---

(١) بفتح أوله وكسر ثانيه على الفعل الماضى أى اشتد غضبه .

(٢) بكسر الحاء وفتح الياء المشددة .

ذبيحة من سواه ، وسئل أحمد عن ذبائح نصارى أهل الحرب فقال لا بأس بها ، حديث عبد الله بن مغفل فى الشحم ، قال اسحاق أجاد ، وقال ابن المنذر أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم منهم مجاهد والثورى والشافعى وأحمد واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ولا فرق بين الكتابى العربى وغيره الا أن فى نصارى العرب اختلافا ذكرناه فى باب الجزية وسئل مكحول عن ذبائح العرب فقال أما بهرا وتنوخ وسليح فلا بأس وأما بنو تغلب فلاخير فى ذبائحهم والصحيح إباحة ذبائح الجميع لعموم الآية فيهم .

(فصل) فإن كان أحد أبوى الكتابى ممن لا تحل ذبيحته والآخر ممن تحل ذبيحته فقال أصحابنا لا يحل صيده ولا ذبيحته ، وبه قال الشافعى اذا كان الأب غير كتابى ، وان كان الأب كتابيا ففيه قولان .

أحدهما : تباح وهو قول مالك وأبى ثور .

والثانى : لا تباح لأنه وجد ما يقتضى التحريم والإباحة فغلب ما يقتضى التحريم كما لو جرحه مسلم ومجوسى وبيان وجود ما يقتضى التحريم ان كونه ابن مجوسى أو وثنى يقتضى تحريم ذبيحته ، وقال أبو حنيفة : تباح ذبيحته بكل حال لعموم النص ولأنه كتابى يقر على دينه فتحل ذبيحته كما لو كان ابن كتابيين وأما ان كان ابن وثنيين أو مجوسيين فمقتضى مذهب الأئمة الثلاثة تحريمه ، ومقتضى مذهب أبى حنيفة حله لأن الاعتبار بدين الذابح لا بدين أبيه بدليل أن الاعتبار فى قبول الجزية بذلك ولعموم النص والقياس .

(فصـــل)

فأما ما ذبحوه لكنائسهم وأعيادهم فننظر فيه فإن ذبحه لهم مسلم فهو مباح نص عليه ، وقال أحمد وسفيان الثورى فى المجوسى يذبح لإلهه ويدفع الشاة الى المسلم يذبحها فيسمى : يجوز الأكل منها :

وقال إسماعيل بن سعيد سألت أحمد عما يقرب لآلهتهم يذبحه رجل مسلم قال لا بأس به وان ذبحها الكتابى وسمى الله وحده حلت أيضا لأن شرط الحل وجد وان علم أنه ذكر اسم غير الله عليها أو ترك التسمية عمداً لم تحل .

قال حنبل سمعت أبا عبد الله قال لا يؤكل يعنى ما ذبح لأعيادهم وكنائسهم لأنه أهل لغير الله به ، وقال فى موضع يدعون التسمية على عمد إنما يذبحون للمسيح فأما ما سوى ذلك فرويت عن أحمد الكراهة فيما ذبح لكنائسهم وأعيادهم مطلقا ، وهو قول ميمون بن مهران لانه ذبح لغير الله .

وروى عن أحمد إباحته ، وسئل عنه العرباض بن سارية فقال كلوا وأطعمونى وروى مثل ذلك عن أبى أمامة الباهلى وأبى مسلم الخولانى وأكله أبو الدرداء وجبير ابن نفير ورخص فيه عمرو بن الأسود ومكحول وضمرة بن حبيب لقول الله تعالى (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) وهذا من طعامهم .

قال القاضى : ما ذبحه الكتابى لعيده أو نجم أو صنم أو نبى فسماه على ذبيحته حرم لقوله تعالى (وما أهل لغير الله به) وان سمى الله وحده حل لقول الله تعالى « فكلوا مما ذكر اسم الله عليه » لكنه يكره لقصده بقلبه الذبح لغير الله .

« مسألة » قال (ولا يؤكل ما قتل بالبندق أو الحجر لأنه موقوذ)

يعنى الحجر الذى لا حد له ، فأما المحدد كالصوان فهو كالمعراض ان قتل بحده أبيح وان قتل بعرضه أو ثقله فهو وقيذ لا يباح ، وهذا قول عامة الفقهاء ، وقال ابن عمر فى المقتوله بالبندق تلك الموقوذة وكره ذلك سالم والقاسم ومجاهد وعطاء والحسن وابراهيم ومالك والثورى والشافعى وأبو ثور ورخص فيما قتل بها ابن المسيب ، وروى أيضا عن عمار وعبد الرحمن بن أبى ليلى .

ولنا قول الله تعالى (والموقوذة) وروى سعيد بإسناده عن إبراهيم عن عدى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ولا تأكل من البندقة الا ما ذكيت » وقال فى المعراض « إذا أصيب بعرضه فقتل فإنه وقيذ » .

وقال عمر ليتق أحدكم أن يحذف الأرنب بالعصا والحجر ثم قال وليذك لكم الاسل الرماح والنبل .

إذا ثبت هذا : فسواء شدخه أو لم يشدخه حتى لو رماه ببندقة فقطعت حلقوم طائر ومريئه أو أطارت رأسه لم يحل ، وكذلك إن فعل ذلك بحجر غير محدد .

« مسألة » قال (ولا يؤكل صيد المجوسي وذبيحته إلا ما كان من حوت فإنه لا ذكاة له)

أجمع أهل العلم على تحريم صيد المجوسي وذبيحته إلا مالا ذكاة له ، كالسمك والجراد فإنهم أجمعوا على إباحته غير أن مالكا والليث وأبا ثور شذوا عن الجماعة وأفرطوا . فأما مالك والليث فقالا : لا نرى أن نأكل الجراد اذا صاده المجوسي ورخصا في السمك ، وأبو ثور أباح صيده وذبيحته لقول النبي صلى الله عليه وسلم « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » ولأنهم يقرون بالجزية فيباح صيدهم وذبائحهم كاليهود والنصارى . واحتج برواية عن سعيد بن المسيب وهذا قول يخالف الاجماع فلا عبرة به ، قال ابراهيم الحربي : خرق ابو ثور الاجماع . قال أحمد : ههنا قوم لا يرون بذبائح المجوس بأسا ، ما أعجب هذا ؟ يعرض بأبي ثور

وممن رويت عنه كراهية ذبائحهم ابن مسعود وابن عباس وعلي وجابر وأبو بردة وسعيد بن المسيب وعكرمة والحسن بن محمد وعطاء ومجاهد وعبد الرحمن بن ابي ليلى وسعيد بن جبير ومرة الهمذاني والزهري ومالك والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . قال أحمد : ولا أعلم أحدا قال بخلافه إلا أن يكون صاحب بدعة ، ولأن الله تعالى قال (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) فمفهومه تحريم طعام غيرهم من الكفار ولأنهم لا كتاب لهم فلم تحل ذبائحهم كأهل الاوثان

وقد روى الامام احمد بإسناده عن قيس بن سكن الاسدي قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنكم نزلتم بفارس من النبط فإذا اشتريتم لحما فإن كان من يهودي أو نصراني فكلوا ، وان كانت ذبيحة مجوسي فلا تاكلوا » ولأن كفرهم مع كونهم غير أهل كتاب يقتضي تحريم ذبائحهم ونسائهم بدليل سائر الكفار من غير أهل الكتاب ، وإنما أخذت منهم الجزية ، لأن شبهة الكتاب تقتضي التحريم لدمائهم فلما غلبت في التحريم لدمائهم فيجب أن يغلب عدم الكتاب في تحريم الذبائح والنساء احتياطا للتحريم في الموضعين ، ولأنه إجماع فانه قول من سمينا ولا مخالف لهم في عصرهم ولا فيمن بعدهم إلا رواية عن سعيد روي عنه خلافها

ولا خلاف فى إباحة ما صادوه من الحيتان . حكى عن الحسن البصرى انه قال : رأيت سبعين من الصحابة يأكلون صيد المجوسى من الحيتان لايختلج فى صدورهم شىء من ذلك ، رواه سعيد بن منصور ، والجراد كالحيتان فى ذلك لانه لا ذكاة له ولانه تباح ميتته فلم يحرم بصـيد المجوسى كالحوت

(فصل) وحكم سائر الكفار من عبدة الاوثان والزنادقة وغيرهم حكم المجوس فى تحريم ذبائحهم وصيدهم الا الحيتان والجراد وسائر ماتباح ميتته فانماصادوه مباح لانه لا يزيد بذلك عن موته بغير سبب ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « أحلت لنا ميتتان السمك والجراد » وقال فى البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته »

فصـــل

قال أحمد : وطعام المجوس ليس به بأس ان يؤكل وإذا أهدى اليه ان يقبل إنما تكره ذبائحهم أو شىء فيه دسم — يعنى من اللحم — ولم ير بالسمن والخبز بأسا وسئل عما يصنع المجوس لامواتهم ويزمزمون عليهم أياماعشرا ثم يقتسمون ذلك فى الجيران ، قال لا بأس بذلك . وعن الشعبي : كل مع المجوسى وان زمزم

وروى أحمد أن سعيد بن جبير كان يأكل من كواميخ المجوس وأعجبه ذلك . وروى هشام عن الحسن انه كان لا يرى بأسا بطعام المجوس فى المصر ولا بشواريزهم ولا بكواميخهم .

« مسألة » قال (وكذلك كل ما مات من الحيتان فى الماء وان طفا)

قوله طفا : يعنى ارتفع على وجه الماء . قال عبد الله بن رواحة

وأن العرش فوق الماء طاف   وفوق العرش رب العالمينا

وجملة ذلك أن السمك وغيره من ذوات الماء التى لا تعيش الا فيه اذا ماتت فهى حلال سواء ماتت بسبب أو غير سبب لقول النبي صلى الله عليه وسلم فى البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » قال أحمد : هذا خير من مائة حديث ، وأما مامات بسبب ، مثل ان صاده إنسان أو نبذه البحر أو جزر عنه فان العلماء أجمعوا

على اباحته ، وكذلك ماحبس فى الماء بحظيرة حتى يموت فلا خلاف ايضا فى حله . قال أحمد الطافى يؤكل وماجزر عنه الماء أجود والسمك الذى نبذه البحر لم يختلف الناس فيه ، وإنما اختلفوا فى الطافى وليس به بأس .

وممن أباح الطافى من السمك أبو بكر الصديق وأبو أيوب رضى الله عنهما ، وبه قال مالك والشافعى .

وممن أباح ما وجد من الحيتان عطاء ومكحول والثورى والنخعى وكره الطافى جابر وطاوس وابن سيرين وجابر بن زيد وأصحاب الرأى لأن جابراً قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ما ألقى البحر أو جزر عنه فكلوه وما مات فيه فطفا فلا تأكلوه » رواه ابو داود .

ولنا قول الله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة) قال ابن عباس : طعامه ما مات فيه وأيضا الحديث الذى قدمناه وقال أبو بكر الصديق (رض) الطافى حلال ولأنه لو مات فى البر أبيح فإذا مات فى البحر أبيح كالجراد

فأما حديث جابر فإنما هو موقوف عليه ، كذلك قال أبو داود رواه الثقات فأوقفوه على جابر وقد أسند من وجه ضعيف وان صح فنحمله على نهى الكراهة لانه اذا مات رسب فى أسفله فإذا أنتن طفا فكرهه لنتنه لا لتحريمه .

(فصل) يباح أكل الجراد بإجماع أهل العلم ، وقد قال عبد الله بن أبى أوفى : غزونا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سبع غزوات نأكل الجراد رواه البخارى وأبو داود ، ولا فرق بين ان يموت بسبب أو بغير سبب فى قول عامة أهل العلم منهم الشافعى وأصحاب الحديث وأصحاب الرأى وابن المنذر .

وعن أحمد أنه اذا قتله البرد لم يؤكل وعنه لا يؤكل اذا مات بغير سبب وهو قول مالك ويروى ايضا عن سعيد بن المسيب .

ولنا : عموم قوله عليه السلام « أحلت لنا ميتتان ودمان » فالميتتان السمك والجراد، ولم يفصل ولأنه تباح ميتته فلم يعتبر له سبب كالسمك ولأنه لو افتقر الى سبب لافتقر الى ذبح وذابح وآلة كبهيمة الأنعام .

(فصل) ويباح أكل الجراد بما فيه وكذلك السمك يجوز ان يقلى من غير ان يشق بطنه ، وقال أصحاب الشافعى فى السمك لا يجوز لأن رجيعه نجس

ولنا عموم النص فى إباحته وما ذكروه غير مسلم ، وان بلع إنسان شيئا منه حيا كره لأن فيه تعذيبا له .

(فصل) وسئل أحمد عن السمك يلقى فى النار فقال ما يعجبنى ، والجراد فقال ما يعجبنى والجراد أسهل فإن هذا له دم ولم يكره أكل السمك إذا ألقى فى النار إنما كره تعذيبه بالنار .

وأما الجراد فسهل فى إلقائه لأنه لا دم له ولأن السمك لا حاجة الى إلقائه فى النار لإمكان تركه حتى يموت بسرعة والجراد لا يموت فى الحال بل يبقى مدة طويلة ، وفى مسند الشافعى أن كعبا كان محرما فمرت به رجل من جراد فنسى وأخذ جرادتين فألقاهما فى النار وشواهما وذكر ذلك لعمر فلم ينكر عمر تركهما فى النار ، وذكر له حديث ابن عمر : كان الجراد يقلى له فقال إنما يؤخذ الجراد فتقطع أجنحته ثم يلقى فى الزيت وهو حى .

(مسألة ، قال) وذكاة المقدور عليه من الصيد والانعام فى الحلق واللبة)

قد ذكرنا حكم المعجوز عنه من الصيد والأنعام ، فأما المقدور عليه منهما فلا يباح إلا بالزكاة بلا خلاف بين أهل العلم ، وتفتقر الزكاة الى خمسة أشياء ذابح وآلة ومحل وفعل وذكر ، أما الذابح فيعتبر له شرطان : دينه وهو كونه مسلما أو كتابيا وعقله وهو أن يكون ذا عقل يعرف الذبح ليقصد فإن كان لا يعقل كالطفل الذى لا يميز والمجنون والسكران لم يحل ما ذبحه لأنه لا يصح منه القصد فأشبه ما لو ضرب إنسانا بالسيف فقطع عنق شاة .

وأما الآلة : فلها شرطان .

أحدهما : أن تكون محددة تقطع أو تخرق بحدها لا بثقلها .

والثانى : أن لا تكون سنا ولا ظفراً فإذا اجتمع هذان الشرطان فى شىء حل الذبح به سـواء كان حديداً أو حجراً أو بلطه أو خشبا لقول النبى (ص) « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا مالم يكن سنا أو ظفرا » متفق عليه .

وعن عدى بن حاتم قال : قلت يا رسول الله أرأيت أن أحدنا أصاب صيدا وليس معه سكين أيذبح بالمروة وشقة العصا ؟ فقال « أمرر الدم بما شئت واذكر

اسم الله » والمروة الصوان ، وعن رجل من بنى حارثة أنه كان يرعى لقحة فأخذها الموت فلم يجد شيئا ينحرها به فأخذ وتدا فوجأها به فى لبتها حتى أهريق دمها ثم جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فأمره بأكلها رواه أبو داود وبهذا قال الشافعى وإسحاق وأبو ثور ونحوه قول مالك وعمرو بن دينار ، وبه قال أبو حنيفة إلا فى السن والظفر قال إذا كانا متصلين لم يجز الذبح بهما وان كانا منفصلين جاز .

ولنا عموم حديث رافع ولان مالم تجز الزكاة به متصلا لم تجز منفصلا كغير المحدد ، وأما العظم غير السن فمقتضى إطلاق قول أحمد والشافعى وأبى ثور إباحة الذبح به ، وهو قول مالك وعمرو بن دينار وأصحاب الرأى .

وقال ابن جريج يذكى بعظم الحمار ولا يذكى بعظم القرد لانك تصلى على الحمار وتسقيه فى جفنتك ، وعن أحمد لا يذكى بعظم ولا ظفر .

وقال النخعى : لا يذكى بالعظم والقرن ، ووجهه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ليس السن والظفر وسأحدثكم عن ذلك ، أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة » فعلله بكونه عظما فكل عظم فقد وجدت فيه العلة والاول أصح ان شاء الله تعالى لأن العظم دخل فى عموم اللفظ المبيح ثم استثنى السن والظفر خاصة فيبقى سائر العظام داخلا فيما يباح الذبح به والمنطوق مقدم على التعليل ولهذا علل الظفر بكونه من مدى الحبشة ولا يحرم الذبح بالسكين وان كانت مدية لهم ولان العظام يتناولها سائر الاحاديث العامة ويحصل بها المقصود فأشبهت سائر الآلات ، وأما المحل فالحلق واللبة وهى الوهدة التى بين أصل العنق والصدر ولا يجوز الذبح فى غير هذا المحل بالاجماع ، وقد روى فى حديث عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الذكاة فى الحلق واللبه » .

قال أحمد : الذكاة فى الحلق واللبة واحتج بحديث عمر وهو ما روى سعيد والاثرم باسنادهما عن الفرافصة ، قال : كنا عند عمر فنادى أن النحر فى اللبة والحلق لمن قدر وانما نرى أن الذكاة اختصت بهذا المحل لانه مجمع العروق فتنسفح بالذبح فيه الدماء السيالة ويسرع زهوق النفس فيكون أطيب للحم وأخف على الحيوان .

قال أحمد لو كان حديث أبي العشراء حديثا يعني ما روى أبو العشراء عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل أما تكون الذكاة إلا في الحلق واللبه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لو طعنت في فخذها لأجزأ عنك » قال أحمد أبو العشراء هذا ليس بمعروف ، وأما الذكر فالتسميه وقد مر ذكرها ، وأما الفعل فيعتبر قطع الحلقوم والمرىء وبهذا قال الشافعي .

وعن احمد رواية أخرى : أنه يعتبر مع هذا قطع الودجين ، وبه قال مالك وأبو يوسف لما روى أبو هريرة رضي الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شريطة الشيطان وهي التي تذبح فتقطع الجلد ولا تفرى الأوداج ثم تترك حتى تموت » رواه أبو داود ، وقال أبو حنيفة يعتبر قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين ولا خلاف في أن الأكمل قطع الأربعة الحلقوم والمرىء والودجين فالحلقوم مجرى النفس والمرىء وهو مجرى الطعام والشراب والودجان وهما عرقان محيطان بالحلقوم لأنه أسرع لخروج روح الحيوان فيخف عليه ويخرج من الخلاف فيكون أولى ، والأول يجزىء لأنه قطع في محل الذبح ما لا تبقى الحياة مع قطعه فأشبه ما لو قطع الأربعة .

« مسألة » قال (ويستحب أن ينحر البعير ويذبح ما سواه)

لا خلاف بين أهل العلم في أن المستحب نحر الإبل وذبح ما سواها ، قال الله تعالى (فصل لربك وانحر) وقال الله تعالى (ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة) قال مجاهد : أمرنا بالنحر وأمر بنو إسرائيل بالذبح ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم بعث في قوم ماشيتهم الإبل فسن النحر وكانت بنو اسرائيل ماشيتهم البقر فأمروا بالذبح وثبت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نحر بدنة وضحى بكبشين أقرنين ذبحهما بيده » متفق عليه ، ومعنى النحر أن يضربها بحربة أو نحوها في الوهدة التي بين أصل عنقها وصدرها .

(فصل) ويسن الذبح بسكين حاد لما روى أبو داود عن شداد بن أوس قال خصلتان سمعتهما من رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبح وليحد أحدكم شفرته

وليرح ذبيحته ، ويكره أن يسن السكين والحيوان يبصره ورأى عمر رجلا قد وضع رجله على شاة وهو يحد السكين فضربه حتى افلت الشاة ، ويكره أن يذبح شاة والأخرى تنظر اليه ، ويستحب أن يستقبل بها القبلة واستحب ذلك ابن عمر وابن سيرين وعطاء والثوري والشافعي واصحاب الرأي ، وكره ابن عمر وابن سيرين أكل ماذبح لغير القبلة ، وقال سائرهم ليس ذلك مكروها لان اهل الكتاب يذبحون لغير القبلة وقد احل الله ذبائحهم .

﴿ فصـــل ﴾

قال احمد : ولا تؤكل المصبورة ولا المجثمة وبه قال إسحاق ، والمجثمة هي الطائر او الارنب يجعل غرضا ثم يرمى حتى يقتل والمصبورة مثله إلا ان المجثمة لا تكون الا في الطائر والارنب واشباهها والمصبورة كل حيوان ، واصل الصبر الحبس ؛ والاصل في تحريمه ان النبي (ص) نهى عن صبر البهائم وقال « لا تتخذوا شيئا فيه الروح غرضا » .

وروى سعيد بإسناده عن ابي الدرداء قال « نهى رسول الله (ص) عن كل مجثمة » وبإسناده عن مجاهد قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المجثمة وعن اكلها ونهى عن المصبورة وعن اكلها » ولانه حيوان مقدور عليه فلم يبح بغير الذكاة كالبعير والبقرة .

« مسألة » قال ﴿ فإن ذبح ما ينحر او نحر ما يذبح فجائز ﴾

هذا قول اكثر اهـــل العلم منهم عطاء والزهري وقتادة ومالك والليث والثوري وابو حنيفة والشافعي واسحاق وابو ثور ، وحكي عن داود ان الإبل لا تباح إلا بالنحر ولا يباح غيرها إلا بالذبح لان الله تعالى قال (إن الله يأمركم ان تذبحوا بقرة) والامر يقتضي الوجوب ، وقال تعالى (فصل لربك وانحر) ولان النبي (ص) نحر البدن وذبح الغنم وانما تؤخذ الاحكام من جهته ، وحكي عن مالك انه لا يجزىء في الابل الا النحر لأن اعناقها طويلة فاذا ذبح تعذب بخروج روحه ، قال ابن المنذر : إنما كرهه ولم يحرمه .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « امرر الدم بما شئت » وقالت أسماء نحرنا

فرساً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فأكلناه ونحن بالمدينة ، وعن عائشة قالت : نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع بقرة واحدة ، ولأنه ذكاة فى محل الذكاة لجاز أكله كالحيوان الآخر .

« مسألة » قال (وإذا ذبح فأتى على المقاتل فلم تخرج الروح حتى وقعت فى الماء أو وطىء عليها شىء لم تؤكل)

يعنى إذا وطىء عليها شىء يقتلها مثله غالبا ، وهذا الذى ذكره الخرقى نص عليه أحمد . وقال أكثر أصحابنا المتأخرين لا يحرم بهذا ، وهو قول أكثر الفقهاء لأنها إذا ذبحت فقد صارت فى حكم الميت ، وكذلك لو أبين رأسها بعد الذبح لم تحرم نص عليه أحمد ، ولو ذبح إنسان ثم ضرب آخر عنقه أو غرقه لم يلزمه قصاص ولا دية ، ووجه قول الخرقى قول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث عدى بن حاتم « وإن وقعت فى الماء فلا تأكل »

وقال ابن مسعود : من رمى طائراً فوقع فى الماء فغرق فيه فلا تأكله ، ولأن الغرق سبب يقتل فإذا اجتمع مع الذبح فقد اجتمع ما يبيح ويحرم فيغلب الحظر ، ولأنه لا يؤمن أن يعين على خروج الروح فتكون قد خرجت بفعلين مبيح ومحرم فأشبه ما لو وجد الأمران فى حال واحدة أو رماه مسلم ومجوسى فمات .

« مسئلة » قال (واذا ذبحها من قفاها وهو مخطىء فأتت السكين على موضع ذبحها وهى فى الحياة أكلت)

قال القاضى : معنى الخطأ أن تلتوى الذبيحة عليه فتأتى السكين على القفا لأنها مع التوائها معجوز عن ذبحها فى محل ذبحها فسقط اعتبار المحل كالمتردية فى بئر ، فأما مع عدم التوائها فلا تباح بذلك لأن الجرح فى القفا سبب للزهوق وهو فى غير محل الذبح ، فإذا اجتمع مع الذبح منع حله كما لو بقر بطنها . وقد روى عن احمد ما يدل على هذا المعنى ، فإن الفضل بن زياد قال : سألت أبا عبد الله عمن ذبح فى القفا ، قال عامداً أو غير عامد ؟ قلت عامداً ، قال لا تؤكل ، فإذا كان غير عامد كأن التوى عليه فلا بأس .

فصــــل

فإن ذبحها من قفاها اختيارا فقد ذكرنا عن احمد انها لا تؤكل ، وهو مفهوم كلام الخرقى ، وحكى هذا عن على وسعيد بن المسيب ومالك وإسحاق ، قال ابراهيم النخعى تسمى هذه الذبيحة القفينة .

وقال القاضى : إن بقيت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمرىء حلت وإلا فلا ويعتبر ذلك بالحركة القوية ، وهذا مذهب الشافعى ، وهذا أصح لأن الذبح إذا أتى على ما فيه حياة مستقرة أحله كأكيلة السبع والمتردية والنطيحة ، ولو ضرب عنقها بالسيف فأطار رأسها حلت بذلك ، نص عليه احمد فقال : لو أن رجلا ضرب رأس بطة أو شاة بالسيف يريد بذلك الذبيحة كان له أن يأكله .

وروى عن على رضى الله عنه أنه قال : تلك ذكاة وحية ، وأفتى بأكلها عمران ابن حصين ، وبه قال الشعبي وأبو حنيفة والثورى ؛ وقال أبو بكر لأبى عبد الله فيها قولان والصحيح أنها مباحة لأنه اجتمع قطع ماتبقى الحياة معه مع الذبح فأبيح كما ذكرنا مع قول من ذكرنا قوله من الصحابة من غير مخالف .

(فصل) فإن ذبحها من قفاها فلم يعلم هل كانت فيها حياة مستقرة قبل قطع الحلقوم والمرىء أو لا ؟ نظرت فإن كان الغالب بقاء ذلك لحدة الآلة وسرعة القتل فالأولى إباحته لأنه بمنزلة ما قطعت عنقه بضربة السيف ، وان كانت الآلة كالة وأبطأ قطعه وطال تعذيبه لم يبح لأنه مشكوك فى وجود ما يحله فيحرم ، كما لو أرسل كلبه على الصيد فوجد معه كلبا آخر لا يعرفه :

« مسئلة » قال (وذكاتها ذكاة جنينها ، أشعر أو لم يشعر)

يعنى إذا خرج الجنين ميتا من بطن أمه بعد ذبحها أو وجده ميتا فى بطنها أو كانت حركته بعد خروجه كحركة المذبوح فهو حلال ، روى هذا عن عمر وعلى وبه قال سعيد بن المسيب والنخعى والشافعى وإسحاق وابن المنذر ، وقال ابن عمر ذكاته ذكاة أمه إذا أشعر ، وروى ذلك عن عطاء وطاوس ومجاهد والزهرى والحسن وقتادة ومالك والليث والحسن بن صالح وأبى ثور ، لأن عبد الله بن كعب ابن مالك قال : كان أصحاب رسول الله (ص) يقولون . اذا أشعر الجنين

« فذكاته ذكاة أمه، وهذا إشارة إلى جميعهم فكان إجماعا ، وقال أبو حنيفة : لا يحل إلا أن يخرج حياً فيذكى لأنه حيوان ينفرد بحياته فلا يتذكى بذكاة غيره كما بعد الوضع . قال ابن المنذر : كان الناس على اباحته لا نعلم أحداً منهم خالف ما قالوا الى أن جاء النعمان فقال لا يحل لأن ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين .

ولنا ما روى ابو سعيد قال : قيل يا رسول الله ان أحدنا ينحر الناقة ويذبح البقرة والشاة فيجد فى بطنها الجنين أنأكله أم نلقيه ؟ قال « كلوه ان شئتم فإن ذكاته ذكاة أمه »

وعن جابر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ذكاة الجنين ذكاة أمه » رواهما أبو داود ، ولأن هذا اجماع من الصحابة ومن بعدهم فلا يعول على ماخالفه ولأن الجنين متصل بها اتصال خلقة يتغذى بغذائها فتكون ذكاته ذكاتها كأعضائها ولأن الذكاة فى الحيوان تختلف على حسب الامكان فيه والقدرة بدليل الصيد الممتنع والمقدور عليه والمتردية ؛ والجنين لا يتوصل الى ذبحه بأكثر من ذبح أمه فيكون ذكاة له .

(فصل) واستحب ابو عبد الله ان يذبحه وان خرج ميتا ليخرج الدم الذى فى جوفه ، ولأن ابن عمر كان يعجبه أن يريقوا من دمه وان كان ميتا .

(فصل) وان خرج حيا حياة مستقرة يمكن أن يذكى فلم يذكه حتى مات فليس بذكى . قال أحمد: ان خرج حيا فلا بد من ذكاته لأنه نفس أخرى

« مسألة » قال (ولا يقطع عضو مما ذكى حتى تزهق نفسه)

كره ذلك أهل العلم منهم عطاء وعمرو بن دينار ومالك والشافعى ، ولا نعلم لهم مخالفا ، وقد قال عمر رضى الله عنه : لا تعجلوا الانفس حتى تزهق فإن قطع عضو قبل زهوق النفس وبعد الذبح فالظاهر اباحته فإن احمد سئل عن رجل ذبح دجاجة فأبان رأسها قال يأكلها : قيل له والذى بان منها أيضا ؟ قال نعم . قال البخارى ، قال ابن عمر وابن عباس : اذا قطع الرأس فلا بأس به ، وبه قال عطاء والحسن والنخعى والشعبي والزهرى والشافعى واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى وذلك لان قطع ذلك العضو بعد حصول الذكاة فأشبه ما لو قطعه بعد الموت .

فصل

ويكره سلخ الحيوان قبل أن يبرد لان فيه تعذيبا للحيوان فهو كقطع العضو ويكره النفخ فى اللحم الذى يريده للبيع لما فيه من الغش

(فصل) وان قطع من الحيوان شيء وفيه حياة مستقرة فهو ميتة ، لما روى أبو واقد قال : قال رسول الله (ص) « ما قطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة » رواه أبو داود ، ولان اباحته انما تكون بالذبح وليس هذا بذبح

« مسئلة » قال (وذبيحة من أطاق الذبح من المسلمين وأهل الكتاب حلال اذا سموا أو نسوا التسمية)

وجملة ذلك أن كل من أمكنه الذبح من المسلمين وأهل الكتاب اذا ذبح حل أكل ذبيحته رجلا كان أو امرأة بالغا أو صبيا حراً كان أو عبدا لا نعلم فى هذا خلافا ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على اباحة ذبيحة المرأة والصبي .

وقد روى أن جارية لكعب بن مالك كانت ترعى غنما بسلع فأصيبت شاة منها فأدركتها فذكتها بحجر ، فسئل النبى صلى الله عليه وسلم فقال « كلوها » متفق عليه . وفى هذا الحديث فوائد سبع

أحدها : اباحة ذبيحة المرأة ، والثانى اباحة ذبيحة الامة ، والثالثة اباحة ذبيحة الحائض لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يستفصل . والرابعة اباحة الذبح بالحجر ؛ والخامسة اباحة ذبح ما خيف عليه الموت ، والسادسة حل ما يذبحه غير مالكه بغير اذنه ، والسابعة اباحة ذبحه لغير مالكه عند الخوف عليه ؛ ويشترط ان يكون عاقلا ، فان كان طفلا أو مجنونا أو سكران لا يعقل لم يصح منه الذبح . وبهذا قال مالك . وقال الشافعى : لا يعتبر العقل ، وله فيما اذا أرسل المجنون الكلب على صيد وجهان .

ولنا أن الذكاة يعتبر لها القصد فيعتبر لها العقل كالعبادة ، فان من لا عقل له لا يصح منه القصد فيصير ذبحه كما لو وقعت الحديدة بنفسها على حلق شاة فذبحتها وقوله اذا سموا أو نسوا التسمية فالتسمية مشترطة فى كل ذابح مع العمد سواء كان مسلما أو كتابيا فان ترك الكتابي التسمية عن عمد أو ذكر اسم غير الله لم تحل ذبيحته

روى ذلك عن علي ، وبه قال النخعي والشافعي وحماد وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال عطاء ومجاهد ومكحول إذا ذبح النصراني باسم المسيح حل فإن الله تعالى أحل لنا ذبيحته وقد علم أنه سيقول ذلك .

ولنا قول الله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه) وقوله (وما أهل لغير الله به) والآية أريد بها ما ذبحوه بشرطه كالمسلم ، فإن لم يعلم أسمّى الذابح أم لا ؟ أو ذكر اسم غير الله أم لا ؟ فذبيحته حلال لأن الله تعالى أباح لنا أكل ما ذبحه المسلم والكتابي وقد علم أننا لا نقف على كل ذابح .
وقد روى عن عائشة رضي الله عنها أنهم قالوا يا رسول الله ان قوما حديثو عهد بشرك يأتوننا بلحم لا ندرى أذكروا اسم الله عليه أو لم يذكروا ؟ قال « سموا أنتم وكلوا » أخرجه البخاري .

(فصل) وإذا ذبح الكتابي ما حرم الله عليه مثل كل ذي ظفر — قال قتادة هي الابل والنعام والبط وما ليس بمشقوق الأصابع — أو ذبح دابة لها شحم محرم عليه فظاهر كلام أحمد والخرقي إباحته فإن أحمد حكى عن مالك في اليهودي يذبح الشاة . قال لا يأكل من شحمها
قال أحمد هذا مذهب دقيق ، وظاهر هذا أنه لم يره صحيحا ، وهذا اختيار ابن حامد وأبي الخطاب وذهب أبو الحسن التيمي والقاضي الى تحريمها وحكاه التيمي عن الضحاك ومجاهد وسوار ، وهو قول مالك لان الله تعالى قال (وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم) وليس هذا من طعامهم ولانه جزء من البهيمة لم يبح لذابحها فلم يبح لغيره كالدم .

ولنا ما روى عبد الله بن مغفل قال « دلى جراب من شحم من قصر خيبر فنزوت لآخذه فإذا رسول الله (ص) يتبسم الى » متفق عليه : ولأنها ذكاة أباحت اللحم والجلد فأباحت الشحم كذكاة المسلم ، والآية حجة لنا فإن معنى طعامهم ذبائحهم . كذلك فسره العلماء وقياسهم ينتقض بما ذبحه الغاصب
(فصل) وان ذبح شيئا يزعم أنه محرم عليه ولم يثبت أنه محرم عليه فهو حلال لعموم الآية وقوله إنه حرام غير مقبول .

« مسألة » قال (فان كان أخرس أوما الى السماء)

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إباحة ذبيحة الأخرس ، منهم الليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور ، وهو قول الشعبي وقتادة والحسن بن صالح .

إذا ثبت هذا : فانه يشير الى السماء لأن إشارته تقوم مقام نطق الناطق وإشارته الى السماء تدل على قصده تسمية الذى فى السماء ونحو هذا قال الشعبي ، وقد دل على هذا حديث أبي هريرة أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم بجارية أعجمية فقال يا رسول الله ان على رقبة مؤمنة أفأعتق هذه ؟ فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « أين الله ؟ » فأشارت الى السماء فقال « من أنا ؟ » فأشارت بأصبعها الى رسول الله (ص) والى السماء أى أنت رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « أعتقها فانها مؤمنة » رواه الإمام أحمد والقاضى البرتى فى مسنديهما ، فحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بإيمانها باشارتها الى السماء تريد أن الله سبحانه فيها فأولى أن يكتفى بذلك علما على التسمية ولو أنه أشار إشارة تدل على التسمية وعلم ذلك كان كافيا .

« مسأله » قال (وان كان جنبا جاز أن يسمى ويذبح)

وذلك أن الجنب تجوز له التسمية ولا يمنع منها لانه إنما يمنع من القرآن لا من الذكر ولهذا تشرع له التسمية عند اغتساله وليست الجنابة أعظم من الكفر والكافر يسمى ويذبح ، وممن رخص فى ذبح الجنب الحسن والحكم والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى ، قال ابن المنذر . ولا أعلم أحداً منع من ذلك ، وتباح ذبيحة الحائض لانها فى معنى الجنب .

فصل) والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وأكيلة السبع وما اصابها مرض فماتت به محرمة الا ان تدرك ذكاتها لقوله تعالى (الا ما ذكيتم) .

وفى حديث جارية كعب انها اصيبت شاة من غنمها فأدركتها فذبحتها بحجر فسئل النبي صلى الله عليه وسلم فقال « كلوها » فان كانت لم يبق من حياتها الا مثل

حركة المذبوح لم تبح بالذكاة لانه لو ذبح ماذبحه المجوسى لم يبح ، وان أدركها وفيها حياة مستقرة بحيث يمكنه ذبحها حلت لعموم الاية والخــبر ، وسواء كانت قد انتهت الى حال يعلم أنها لاتعيش معه أو تعيش لعموم الاية والخبر ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يسأل ولم يستفصل .

وقد قال ابن عباس فى ذئب عدا على شاة فعقرها فوقع قصبها بالارض فأدركها فذبحها بحجر قال يلقى ما أصاب الارض ويأكل سائرها .

وقال أحمد فى بهيمة عقرت بهيمة حتى تبين فيها آثار الموت الا ان فيها الروح يعنى فذبحت قال اذا مصعت بذنبها وطرفت بعينها وسال الدم فأرجو ان شاء الله تعالى أن لا يكون بأكلها بأس ، وروى ذلك باسناده عن عقيل بن عمير وطاوس وقالا تحركت ولم يقولا سال الدم ، وهذا على مذهب أبى حنيفة .

وقال إسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن شاة مريضة خافوا عليها الموت فذبحوها فلم يعلم منها أكثر من أنها طرفت بعينها أو حركت يدها أو رجلها أو ذنبها بضعف فنهر الدم ، قال فلا بأس به

وقال ابن أبى موسى اذا انتهت الى حد لا تعيش معه لم تبح بالذكاة ونص عليه أحمد فقال اذا شق الذئب بطنها فخرج قصبها فذبحها لا تؤكل وقال ان كان يعلم أنها تموت من عقر السبع فلا تؤكل وان ذكاها ، وقد يخاف على الشاة الموت من العله والشيء يصيبها فيبادرها فيذبحها فيأكلها ، وليس هذا مثل هذه لايدرى لعلها تعيش والتى قدخرجت أمعاؤها يعلم أنها لاتعيش وهذا قول أبى يوسف. والاول أصح لان عمر رضى الله عنه انتهى به الجرح الى حد علم انه لا يعيش معه فوصى فقبلت وصاياه ووجبت العبادة عليه ، وفيما ذكرنا من عموم الاية والخبر وكون النبى صلى الله عليه وسلم لم يستفصل فى حديث جارية كعب ما يرد هذا وتحمل نصوص أحمد على شاة خرجت أمعاؤها وبانت منها فتلك لاتحل بالذكاة لانها فى حكم الميت ولا تبقى حركتها إلا كحركة المذبوح ، فأما ماخرجت أمعاؤها ولم تبن منها فهى فى حكم الحياة تباح بالذبح ولهذا قال الخرقى فيمن شق بطن رجل فأخرج حشوته فقطعها فأبانها ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الاول ولو شق بطن رجل وضرب عنقه آخر فالقاتل هو الثانى .

وقال بعض أصحابنا إذا كانت تعيش معظم اليوم حلت بالذكاة ، وهذا التحديد بعيد يخالف ظواهر النصوص ولا سبيل الى معرفته، وقوله فى حديث جارية كعب فأدركتها فذكتها بحجر يدل على أنها بادرتها بالذكاة حين خافت موتها فى ساعتها والصحيح أنها إذا كانت تعيش زمنا يكون الموت بالذبح أسرع منه حلت بالذبح وأنها متى كانت مما لا يتيقن موتها كالمريضة أنها متى تحركت وسال دمها حلت والله أعلم .

« مسألة » قال (والمحرم من الحيوان ما نص الله تعالى عليه فى كتابه وما كانت العرب تسميه طيبا فهو حلال وما كانت تسميه خبيثا فهو محرم لقول الله تعالى (ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث))

يعنى بقوله ما سمى الله تعـــالى فى كتابه : قوله سبحانه (حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به — الاية) وما عدا هذا فما استطابته العرب فهو حلال لقول الله تعالى (ويحل لهم الطيبات) يعنى ما يستطيبونه دون الحلال بدليل قوله فى الاية الأخرى (يسألونك ماذا أحل لهم ؟ قل أحل لكم الطيبات) ولو أراد الحلال لم يكن ذلك جوابا لهم ، وما استخبثته العرب فهو محرم لقول الله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) .

والذين تعتبر استطابتهم واستخباثهم هم أهل الحجاز من أهل الأمصار لانهم الذين نزل عليهم الكتاب وخوطبوا به وبالسنة فرجع فى مطلق ألفاظهما الى عرفهم دون غيرهم ولم يعتبر أهل البوادى لانهم للضرورة والمجاعة يأكلون ما وجدوا ولهذا سئل بعضهم عما يأكلون فقال مادب ودرج الا أم حبين فقال لتهن أم حبين العافية ، وما وجد فى أمصار المسلمين مما لا يعرفه أهـــل الحجاز رد الى أقرب ما يشبهه فى الحجاز فإن لم يشبه شيئا منها فهو مباح لدخوله فى عموم قوله تعـالى (قل لا أجد فيما أوحى الى محرما) الاية ، ولقول النبي صلى الله عليه وســـلم « وما سكت الله عنه فهو مما عفا عنه » .

إذا ثبت هذا : فمن المستخبثات الحشرات كالديدان والجعلان وبنات وردان والخنافس والفأر والأوزاغ والحرباء والعضاء والجراذين والعقارب والحيات ،

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ؛ ورخص مالك وابن أبي ليلى والاوزاعي في هذا كله الا الأوزاع ، فإن ابن عبد البر قال هو مجمع على تحريمه ، وقال مالك الحية حلال إذا ذكيت واحتجوا بعموم الاية المبيحة .

ولنا قوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « خمس فواسق يقتلن في الحل والحرم ، العقرب والفأرة والغراب والحدأة والكلب العقور » وفي حديث « الحية » مكان الفأرة ولو كانت من الصيد المباح لم يبح قتلها ولأن الله تعالى قال (لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم) وقال (وحرم عليكم صيد البر مادمتم حرما) ولانها مستخبثة فحرمت كالوزغ أو مأمور بقتلها فأشبهت الوزغ .

(فصل) والقنفذ حرام : قال أبو هريرة هو حرام وكرهه مالك وأبو حنيفة ورخص فيه الشافعي والليث أبو ثور .

ولنا أن أبا هريرة قال : ذكر القنفذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال هو خبيث من الخبائث ، رواه أبو داود ، ولانه يشبه المحرمات ويأكل الحشرات فأشبه الجرذ .

« مسألة » قال (وبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم الحمر الاهلية)

أكثر أهل العلم يرون تحريم الحمر الأهلية ، قال أحمد : خمسة عشر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كرهوها ، قال ابن عبد البر : لا خلاف بين علماء المسلمين اليوم في تحريمها .

وحكى عن ابن عباس وعائشة رضي الله عنهما أنهما كانا يقولان بظاهر قوله سبحانه (قل لا أجد فيما أوحي الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة او دما مسفوحا او لحم خنزير) وتلاها ابن عباس وقال : ما خلا هذا فهو حلال وسئلت عائشة رضي الله عنها عن الفأرة فقالت : ماهي بحرام وتلت هذه الاية ولم ير عكرمة وابو وائل بأكل الحمر بأسا .

وقد روى عن غالب بن الحر قال اصابتنا سنة فقلت : يا رسول الله اصابتنا سنة ، ولم يكن في مالي ماأطعم اهلي إلا سمان حمر وأنك حرمت لحوم الحمر الاهلية

فقال « أطعم أهلك من سمين حمرك فإنما حرمتها من أجل حوالى القرية »

ولنا ما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن فى لحوم الخيل » متفق عليه

قال ابن عبد البر . وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم تحريم الحمر الأهلية على وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وجابر والبراء وعبد الله بن أبي أوفى وأنس وزاهر الأسلمى بأسانيد صحاح حسان . وحديث غالب بن الحر لا يعرج على مثله مع ما عارضه ، ويحتمل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص لهم فى مجاعتهم وبين علة تحريمها المطلق لكونها تأكل العذرات ، قال عبد الله بن أبي أوفى « حرمها رسول الله صلى الله عليه وسلم البتة من أجل انها تأكل العذرة » متفق عليه

(فصـــل)

والبغال حرام عند كل من حرم الحمر الأهليه لأنها متولدة منها ، والمتولد من الشيء له حكمه فى التحريم ، وهكذا إن تولد من بين الأنسى والوحشى ولد فهو محرم تغليبا للتحريم ، والسبع المتولد من بين الذئب والضبع محرم . قال قتـادة : ما البغل إلا شيء من الحمار

وعن جابر قال : ذبحنا يوم خيبر الخيل والبغال والحمير فنهانا رسول الله (ص) عن البغال والحمير ولم ينهنا عن الخيل

(فصـــل) وألبان الحمر محرمة فى قول أكثرهم ورخص فيها عطاء وطاوس والزهرى ، والأول أصح لأن حكم الالبان حكم اللحمان .

« مسأله » قال (وكل ذى ناب من السباع ، وهى التى تضرب بأنيـابها الشيء وتفرس)

أكثر أهل العلم يروون تحريم كل ذى ناب قوى من السباع يعدو به ويكسر إلا الضبع ، منهم مالك والشافعى وأبو ثور وأصحاب الحديث وأبو حنيفة وأصحابه وقال الشعبي وسعيد بن جبير وبعض أصحاب مالك : هو مباح لعموم قوله تعـالى (قل لا أجد فيما أوحى إلى محرما على طاعم يطعمه) وقوله سبحانه (إنمـا حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به)

ولنا ما روى أبو ثعلبة الخشني قال « نهى النبي (ص) عن أكل كل ذى ناب من السباع » متفق عليه . وقال أبو هريرة ان رسول الله (ص) قال « أكل كل ذى ناب من السباع حرام »

قال ابن عبد البر : هذا حديث ثابت صحيح مجمع على صحته ، وهذا نص صريح يخص عموم الآيات فيدخل فى هذا الأسد والنمر والفهد والذئب والكلب والخنزير وقد روى عن الشعبى أنه سئل عن رجل يتداوى بلحم الكلب فقال : لا شفاه الله ، وهذا يدل على أنه رأى تحريمه .

(فصــل)

ولا يباح أكل القرد وكرهه عمر وعطاء ومجاهد ومكحول والحسن ولم يجيزوا بيعه . وقال ابن عبد البر. لا أعلم بين علماء المسلمين خلافا أن القرد لا يؤكل ولا يجوز بيعه .

وروى عن الشعبي أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى عن لحم القرد ولأنه سبع فيدخل فى عموم الخبر ، وهو مسخ أيضا فيكون من الخبائث المحرمة

(فصــل) وابن آوى والنمس وابن عرس حرام ، سئل أحمد عن ابن آوى وابن عرس فقال كل شىء ينهش بأنيابه فهو من السباع . وبهذا قال ابو حنيفة وأصحابه وقال الشافعى : ابن عرس مباح لانه ليس له ناب قوى فأشبه الضب ، ولأصحابه فى ابن آوى وجهان .

ولنا أنها من السباع فتدخل فى عموم النهى ، ولأنها مستخبثة غير مستطابة ، فإن ابن آوى يشبه الكلب ورائحته كريهة فيدخل فى عموم قوله تعالى (ويحرم عليهم الخبائث)

(فصـل) واختلفت الرواية فى الثعلب ، فأكثر الروايات عن أحمد تحريمه وهذا قول أبى هريرة ومالك وأبى حنيفة لانه سبع فيدخل فى عموم النهى ، ونقل عن أحمد إباحته ، اختاره الشريف أبو جعفر ورخص فيه عطاء وطاوس وقتادة والليث وسفيان بن عيينة والشافعى لانه يفدى فى الاحرام والحرم ، وقال أحمد وعطاء : كل ما يودى إذا أصابه المحرم فإنه يؤكل ، واختلفت الرواية عن أحمد فى سنور البر كاختلافها فى الثعلب ، والقول فيه كالقول فى الثعلب ، وللشافعى فى

سنور البر . وجهان . فأما الأهلى فحرم فى قول إمامنا ومالك وأبى حنيفة والشافعى وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه نهى عن أكل الهر » .

(فصل) والفيل محرم قال أحمد : ليس هو من أطعمة المسلمين ، وقال الحسن هو مسخ وكرهه أبو حنيفة والشافعى ورخص فى أكله الشعبى .

ولنا « نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع » ، وهو من أعظمها ناباً ولأنه مستخبث فيدخل فى عموم الاية المحرمة .

(فصل) فأما الدب فينظر فيه فإن كان ذا ناب يفرس به فهو محرم وإلا فهو مباح ، قال أحمد إن لم يكن له ناب فلا بأس به ، وقال أصحاب أبى حنيفة هو سبع لأنه أشبه شىء بالسباع فلا يؤكل .

ولنا أن الأصل الإباحة ولم يتحقق وجود المحرم فيبقى على الأصل وشبهه بالسباع إنما يعتبر فى وجود العلة المحرمة وهو كونه ذا ناب يصيد به ويفرس فإذا لم يوجد ذلك كان داخلا فى عموم النصوص المبيحة والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ وكل ذى مخلب من الطير وهى التى تعلق بمخالبها الشىء وتصيد بها ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم ، وبه قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال مالك والليث والاوزاعى ويحيى بن سعيد لا يحرم من الطير شىء ، قال مالك لم أر أحداً من أهل العلم يكره سباع الطير واحتجوا بعموم الايات المبيحة وقول أبى الدرداء وابن عباس ما سكت الله عنه فهو مما عفا عنه .

ولنا ما روى ابن عباس قال « نهى رسول الله (ص) عن كل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير » وعن خالد بن الوليد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « حرام عليكم الحمر الأهلية وكل ذى ناب من السباع وكل ذى مخلب من الطير » رواهما أبو داود ، وهذا يخص عموم الايات ويقدم على ماذكروه فيدخل فى هذا كل ماله مخلب يعدو به كالعقاب والبازى والصقر والشاهين والباشق والحدأة والبومة وأشباهها .

(فصل) ويحرم منها ما يأكل الجيف كالنسور والرخم وغراب البين وهو

أكبر الغربان والأبقع ، قال عروة ومن يأكل الغراب وقد سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقا ؟ والله ما هو من الطيبات ولعله يعنى قول النبى صلى الله عليه وسلم «خمس فواسق يقتلن فى الحل والحرم والغراب والحدأة والفأرة والعقرب والكلب العقور» فهذه الخمس محرمة لأن النبى صلى الله عليه وسلم أباح قتلها فى الحرم ولا يجوز قتل صيد مأكول فى الحرم ولأن ما يؤكل لا يحل قتله إذا قدر عليه وإنما يذبح ويؤكل .

وسئل أحمد عن العقعق فقال : ان لم يكن يأكل الجيف فلا بأس به ، وقال بعض أصحابنا هو يأكل الجيف فيكون على هذا محرماً .

(فصل) ويحرم الخطاف والخشاف والخفاش وهو الوطواط ، قال الشاعر

مثل النهار يزيد أبصار الورى نوراً ويعمى أعـــين الخفاش

قال أحمد : ومن يأكل الخشاف ؟ وسئل عن الخطاف فقال : لا أدرى ، وقال النخعى : كل الطير حلال إلا الخفاش ، وإنما حرمت هذه لأنها مستخبثة لا تستطيبها العرب ولا تأكلها ويحرم الزنابير واليعاسيب والنحل وأشباهها لانها مستخبثة غير مستطابة .

(فصل) وما عدا ما ذكرنا فهو مباح لعموم النصوص الدالة على الإباحة من ذلك بهيمة الانعام وهى الابل والبقر والغنم قال الله تعالى (أحلت لكم بهيمة الانعام) ومن الصيود الظباء وحمر الوحش وقد أمر النبى ص) أبا قتادة وأصحابه بأكل الحمار الذى صاده ، وكذلك بقر الوحش كلها مباحة على اختلاف أنواعها من الابل والتيتل والوعل والمها وغيرها من الصيود كلها مباحة وتفدى فى الاحرام ويباح النعام وقد قضى الصحابة رضى الله عنهم فى النعامة ببدنة وهذا كله مجمع عليه لا نعلم فيه خلافا الا ما يروى عن طلحة بن مصرف قال : إن الحمار الوحشى إذا أنس واعتلف فهو بمنزلة الاهلى .

قال أحمد : وما ظننت أنه روى فى هذا شىء وليس الامر عندى كما قال وأهل العلم على خلافه لأن الظباء إذا تأنست لم تحرم والأهلى إذا توحش لم يحل ولا يتغير منها شىء عن أصله وما كان عليه ، قال عطاء فى حمار الوحش : إذا تناسل فى البيوت لا تزول عنه أسماء الوحش ، وسألوا أحمد عن الزرافة تؤكل ؟

قال : نعم ، وهي دابة تشبه البعير إلا أن عنقها أطول من عنقه وجسمها ألطف من جسمه ، وأعلى منه ويداها أطول من رجليها .

(فصل) وتباح لحوم الخيل كلها عرابها وبراذينها نص عليه أحمد ، وبه قال ابن سيرين ، وروى ذلك عن ابن الزبير والحسن وعطاء والأسود بن يزيد ، وبه قال حماد بن زيد والليث وابن المبارك والشافعي وأبو ثور : قال سعيد بن جبير ما أكلت شيئا أطيب من معرفة برذون وحرمها أبو حنيفة وكرهها مالك والاوزاعي وأبو عبيد لقول الله تعالى (والخيل والبغال والحمير لتركبوها) .

وعن خالد قال : قال رسول الله (ص) « حرام عليكم الحمر الاهلية وخيلها وبغالها » ولانه ذو حافر فأشبه الحمار .

ولنا قول جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر عن لحوم الحمر الاهلية وأذن في لحوم الخيل ، وقالت أسماء « نحرنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فرسا فأكلناه ونحن بالمدينة » متفق عليهما ، ولانه حيوان طاهر مستطاب ليس بذي ناب ولا مخلب فيحل كبهيمة الانعام ، ولانه داخل في عموم الايات والاخبار المبيحة .

وأما الآية فانما يتعلقون بدليل خطابها وهم لا يقولون به ، وحديث خالد ليس له إسناد جيد قاله أحمد قال وفيه رجلان لا يعرفان يرويه ثور عن رجل ليس بمعروف وقال لا ندع أحاديثنا لمثل هذا الحديث المنكر .

(فصل) والارنب مباحة ، أكلها سعد بن أبي وقاص ورخص فيها أبو سعيد وعطاء وابن المسيب والليث ومالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا نعلم أحداً قائلا بتحريمها الا شيئا روى عن عمرو بن العاص ، وقد صح عن أنس أنه قال « أنفجنا أرنبا فسعى القوم فلغبوا فأخذتها فجئت بها الى أبي طلحة فذبحها وبعث بوركها ـ او قال ـ فخذها الى النبي صلى الله عليه وسلم فقبله » متفق عليه ، وعن محمد بن صفوان أو صفوان بن محمد انه قال « صدت ارنبين فذبحتهما بمروة فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرني بأكلهما . رواه ابو داود ، ولانها حيوان مستطاب ليس بذي ناب اشبه الظبي .

(فصل) ويباح الوبر ، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد وعمرو بن دينار

والشافعي وابن المنذر وأبو يوسف ، وقال القاضي : هو محرم وهو قول أبي حنيفة وأصحابه إلا أبا يوسف .

ولنا أنه يفدى في الاحرام والحرم وهو مثل الأرنب يعتلف النبات والبقول فكان مباحا كالأرنب ولأن الأصل الاباحة وعموم النصوص يقتضيها ولم يرد فيه تحريم فتجب إباحته .

(فصل) وسئل أحمد عن اليربوع فرخص فيه . وهذا قول عروة وعطاء الخراساني والشافعي وأبي ثور وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة هو محرم ، وروى ذلك عن أحمد أيضا . وعن ابن سيرين والحكم وحماد وأصحاب الرأى ، لأنه يشبه الفار .

ولنا أن عمر حكم فيه بجفرة ولأن الأصل الاباحة مالم يرد فيه تحريم ؛ وأما السنجاب فقال القاضي هو محرم لأنه ينهش بنابه فأشبه الجرذ ، ويحتمل أنه مباح لأنه يشبه اليربوع ومتى تردد بين الاباحة والتحريم غلبت الاباحة لأنها الأصل وعموم النصوص يقتضيها .

(فصل) ويباح من الطيور مالم نذكره في المحرمات من ذلك الدجاج ، قال أبو موسى رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يأكل الدجاج والحبارى لما روى سفينة قال أكلت مع النبي صلى الله عليه وسلم لحم حبارى ، رواه أبو داود ويباح الزاغ وبذلك قال الحكم وحماد ومحمد بن الحسن والشافعي في أحد قوليه .

ويباح غراب الزرع وهو الأسود الكبير الذى يأكل الزرع ويطير مع الزاغ لأن مرعاهما الزرع والحبوب فأشبها الحجل ، وتباح العصافير كلها ، قال عبد الله ابن عمرو ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ما من إنسان يقتل عصفوراً فما فوقها بغير حقها إلا سأله الله عنها » قيل يا رسول الله فما حقها ؟ قال « يذبحها فيأكلها ولا يقطع رأسها فيرمى بها » رواه النسائي .

ويباح الحمام كله على اختلاف أنواعه من الجوازل والفواخت والرقاطي والقطا والحجل وغيرها ، وتباح الكراكي والأوز وطير الماء كله والغرانيق والطواويس وأشباه ذلك لا نعلم فيه خلافا .

واختلف عن أحمد في الهدهد والصرد فعنه أنهما حلال لأنهما ليسا من ذوات

المخلب ولا يستخبثان وعنه تحريمهما لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتل الهدهد والصرد والنملة والنحلة ، وكل ما كان لا يصيد بمخلبه ولا يأكل الجيف ولا يستخبث فهو حلال .

فصـــل

قال أحمد : أكره لحوم الجلالة وألبانها ، قال القاضي في المجرد : هي التي تأكل القذر فإذا كان أكثر علفها النجاسة حرم لحمها ولبنها ، وفي بيضها روايتان وإن كان أكثر علفها الطاهر لم يحرم أكلها ولا لبنها ، وتحديد الجلالة بكون أكثر علفها النجاسة لم نسمعه عن أحمد ولا هو ظاهر كلامه لكن يمكن تحديده بما يكون كثيراً في مأكولها ويعفى عن اليسير ، وقال الليث : إنما كانوا يكرهون الجلالة التي لا طعام لها الا الرجيع وما أشبهه .

وقال ابن أبي موسى في الجلالة روايتان . إحداهما : أنها محرمة ، والثانية : أنها مكروهة غير محرمه ، وهذا قول الشافعي ، وكره أبو حنيفة لحومها والعمل عليها حتى تحبس ، ورخص الحسن في لحومها وألبانها لان الحيوانات لا تنجس بأكل النجاسات بدليل أن شارب الخمر لا يحكم بتنجيس أعضائه ، والكافر الذي يأكل الخنزير والمحرمات لا يكون ظاهره نجسا ولو نجس لما طهر بالاســلام ولا الاغتسال ولو نجست الجلاله لما طهرت بالحبس .

ولنا ما روى ابن عمر قال نهى رسول الله (ص) عن اكل الجلاله وألبانها رواه ابو داود ، وروى عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال . نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الابل الجلاله ان يؤكل لحمها ولا يحمل عليها إلا الادم ولا يركبها الناس حتى تعلف اربعين ليلة ، رواه الخلال بإسناده ، ولأن لحمها يتولد من النجاسه فيكون نجسا كرماد النجاسة ، واما شارب الخمر فليس ذلك اكثر غذائه وإنما يتغذى الطاهرات ، وكذلك الكافر في الغالب .

(فصل) وتزول الكراهة بحبسها اتفاقا ، واختلف في قدره فروى عن احمد انها تحبس ثلاثاً سواء كانت طائراً او بهيمة وكان ابن عمر إذا اراد اكلها حبسها ثلاثا وهذا قول ابي ثور لان ما طهر حيوانا طهر الآخر كالذي نجس ظاهره (والاخرى) تحبس الدجاجة ثلاثاً والبعير والبقرة ونحوهما يحبس اربعين وهذا قول عطاء

فى الناقة والبقرة لحديث عبد الله بن عمرو ، ولأنهما أعظم جسما وبقاء علفهما فيهما أكثر من بقائه فى الدجاجة والحيوان الصغير والله أعلم .

(فصـــل) ويكره ركوب الجلالة ، وهو قول عمر وإبنه وأصحاب الرأى ، لحديث عبد الله بن عمرو أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن ركوبها ، ولأنها ربما عرقت فتلوث بعرقها .

(فصـل) وتحرم الزروع والثمار التى سقيت بالنجاسات أو سمدت بها . وقال ابن عقيل يحتمل أن يكره ذلك ولا يحرم ولا يحكم بتنجيسها لان النجاسة تستحيل فى باطنها فتطهر بالاستحالة كالدم يستحيل فى أعضاء الحيوان لحما ويصير لبنا ، وهذا قول أكثر الفقهاء ، منهم ابو حنيفة والشافعى . وكان سعد بن أبى وقاص يدمل أرضه بالعرة ويقول مكتل عرة مكتل بر ، والعرة عذرة الناس .

ولنا ما روى عن ابن عباس قال : كنا نكرى أراضى رسـول الله (ص) ونشترط عليهم أن لا يدملوها بعذرة الناس ولانها تتغذى بالنجاسات وتترقى فيها أجزاؤها والاستحالة لا تطهر ، فعلى هـذا تطهر إذا سقيت الطاهرات كالجلالة إذا حبست وأطعمت الطاهرات .

« مسئله » قال (ومن اضطر إلى الميتة فلا يأكل منها إلا ما يأمن معه الموت)

أجمع العلماء على تحريم الميتة حال الاختيار وعلى إباحة الأكل منها فى الاضطرار وكذلك سائر المحرمات ، والاصل فى هـذا قول الله تعالى تعالى (إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه) ويباح له أكل ما يسد الرمق ويأمن معه الموت بالإجماع ويحرم ما زاد على الشبع بالإجماع أيضا وفى الشبع روايتان .

أظهرهما : لا يباح ، وهو قول ابى حنيفة وإحدى الروايتين عن مالك وأحد القولين للشافعى ، قال الحسن: يأكل قدر مايقيمه لان الآية دلت على تحريم الميتة واستثنى ما اضطر اليه ، فإذا اندفعت الضرورة لم يحل له الاكل كحالة الابتداء ، ولانه بعد سد الرمق غير مضطر فلم يحل له الاكل للآية . يحققه انه بعد سد رمقه كهو قبل أن يضطر وثم لم يبح له الاكل ، كذا ههنا

والثانية : يباح له الشبع اختارها أبو بكر لما روى جابر بن سمرة « أن رجلا نزل الحرة فنفقت عنده ناقة ، فقالت له امرأته : اسلخها حتى نقدد شحمها ولحمها ونأكله ، فقال حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فسأله فقال : هل عندك غنى يغنيك ؟ قال لا ، قال فكلوها . ولم يفرق » رواه أبو داود . ولأن ما جاز سد الرمق منه جاز الشبع منه كالمباح .

ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كانت الضرورة مستمرة وبين ما اذا كانت مرجوة الزوال فما كانت مستمرة كحالة الاعرابي الذي سأل رسول الله (ص) جاز الشبع لانه اذا اقتصر على سد الرمق عادت الضرورة اليه عن قرب ولا يتمكن من البعد عن الميتة مخافة الضرورة المستقبلة ، ويفضي الى ضعف بدنه ، وربما أدى ذلك الى تلفه بخلاف التي ليست مستمرة فإنه يرجو الغنى عنها بما يحل له والله أعلم

إذا ثبت هذا فإن الضرورة المبيحة هي التي يخاف التلف بها ان ترك الاكل . قال أحمد : اذا كان يخشى على نفسه سواء كان من جوع أو يخاف ان ترك الاكل عجز عن المشي وانقطع عن الرفقة فهلك أو يعجز عن الركوب فيهلك ولا يتقيد ذلك بزمن محصور

(فصل) وهل يجب الاكل من الميتة على المضطر ؟ فيه وجهان

أحدهما . يجب ، وهو قول مسروق وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي . قال الاثرم : سئل أبو عبد الله عن المضطر يجد الميتة ولم يأكل فذكر قول مسروق من اضطر فلم يأكل ولم يشرب فمات دخل النار ، وهذا اختيار ابن حامد ، وذلك لقول الله تعالى (ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة) وترك الأكل مع امكانه في هذا الحال القاء بيده الى التهلكة ، وقال الله تعالى (ولا تقتلوا أنفسكم ان الله كان بكم رحيما) ولانه قادر على احياء نفسه بما أحله الله له فلزمه كما لو كان معه طعام حلال

والثاني لا يلزمه لما روى عن عبد الله بن حذافة السهمي صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن طاغية الروم حبسه في بيت وجعل معه خمراً ممزوجا بماء ولحم خنزير مشوى ثلاثة أيام فلم يأكل ولم يشرب حتى مال رأسه من الجوع والعطش وخشوا موته فأخرجوه فقال « قد كان الله أحله لي لاني مضطر ، ولكن لم أكن لأشمتك بدين الاسلام ، ولأن اباحة الاكل رخصة فلا تجب عليه

كسائر الرخص ، ولأن له غرضا فى اجتناب النجاسة والأخذ بالعزيمة ، وربما لم تطب نفسه بتناول الميتة ، وفارق الحلال فى الاصل من هذه الوجوه

(فصل) وتباح المحرمات عند الاضطرار اليها فى الحضر والسفر جميعاً ، لأن الآية مطلقة غير مقيدة بإحدى الحالتين ، وقوله (فمن اضطر) لفظ عام فى حق كل مضطر ولأن الاضطرار يكون فى الحضر فى سنة المجاعة وسبب الاباحة الحاجة الى حفظ النفس عن الهلاك لكون هذه المصلحة أعظم من مصلحة اجتناب النجاسات والصيانة عن تناول المستخبثات ؛ وهذا المعنى عام فى الحالين ، وظاهر كلام أحمد أن الميتة لا تحل لمن يقدر على دفع ضرورته بالمسألة

وروى عن أحمد أنه قال : أكل الميتة إنما يكون فى السفر ، يعنى انه فى الحضر يمكنه السؤال ، وهذا من احمد خرج مخرج الغالب ، فإن الغالب أن الحضر يوجد فيه الطعام الحلال ويمكن دفع الضرورة بالسؤال ، ولكن الضرورة أمر معتبر بوجود حقيقته لا يكتفى فيه بالمظنة بل متى وجدت الضرورة أباحت سواء وجدت المظنة أو لم توجد ، ومتى انتفت لم يبح الأكل لوجود مظنتها بحال .

(فصـــل)

قال أصحابنا : ليس للمضطر فى سفر المعصية الأكل من الميتة كقاطع الطريق والآبق لقول الله تعالى « فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه » قال مجاهد غير باغ على المسلمين ولا عاد عليهم ؛ وقال سعيد بن جبير : اذا خرج يقطع الطريق فلا رخصة له ، فإن تاب وأقلع عن معصيته حل له الأكل

(فصل) وهل للمضطر التزود من الميتة ؟ على روايتين : أصحهما له ذلك ، وهو قول مالك لأنه لاضرر فى استصحابها ولا فى إعدادها لدفع ضرورته وقضاء حاجته ولا يأكل منها إلا عند ضرورته .

والثانية : لا يجوز لأنه توسع فيما لم يبح الا للضرورة ، فإن استصحبها فلقيه مضطر آخر لم يجز له بيعه اياه ، لأنه انما أبيح له منها ما يدفع به الضرورة ولا ضرورة الى البيع ، ولانه لا يملكه ويلزمه اعطاء الآخر بغير عوض اذا لم يكن هو مضطراً فى الحال الى مامعه ، لأن ضرورة الذى لقيه موجودة وحاجتها يخاف الضرر فى ثانى الحال .

« مسـألة » قال (ومن مر بثمرة فله أن يأكل منها ولا يحمل)

هذا يحتمل أنه أراد فى حال الجوع والحاجة لأنه ذكره عقيب مسئلة المضطر ، قال أحمد : اذا لم يكن عليها حائط يأكل اذا كان جائعا واذا لم يكن جائعا فلا يأكل ، قال وقد فعله غير واحد من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ولكن اذا كان عليه حائط لم يأكل لانه قد صار شبه الحريم ، وقال فى موضع : انما الرخصة للمسافر ، الا أنه لم يعتبر ههنا حقيقة الاضطرار ، لأن الاضطرار يبيح ما وراء الحائط . ورويت عنه الرخصة فى الاكل من غير المحوطة مطلقا من غير اعتبار جوع ولا غيره .

وروى عن أبي زينب التيمى قال . سافرت مع أنس بن مالك وعبد الرحمن ابن سمرة وأبي بردة فكانوا يمرون بالثمار فيأكلون فى أفواههم : وهو قول عمر وابن عباس وأبي بردة ، قال عمر يأكل ولا يتخذ خبنة ؛ وروى عن أحمد انه قال : يأكل مما تحت الشجر . واذا لم يكن تحت الشجر فلا يأكل ثمار الناس وهو غنى عنه ، ولا يضرب بحجر ولا يرمى لان هذا يفسد

وقد روى عن رافع بن عمر قال : كنت أرمى نخل الانصار فأخذونى فذهبوا بي الى النبي (ص) فقال « يا رافع لم ترمى نخلهم ؟ » قلت يارسول الله الجوع . قال « لا ترم وكل ما وقع أشبعك الله وأرواك » أخرجه الترمذى وقال هذا حديث حسن صحيح . وقال أكثر الفقهاء لا يباح الاكل فى الضرورة لما روى العرباض ابن سارية أن رسول الله «ص» قال « ألا وان الله لم يحل لكم ان تدخلوا بيوت أهل الكتاب الا باذن ولا ضرب نسائهم ولا أكل ثمارهم اذا أعطوكم الذى عليهم أخرجه أبو داود ، وقال النبي عليه السلام « ان دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام كحرمة يومكم هذا » متفق عليه

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي « ص » انه سئل عن الثمر المعلق فقال « ما أصاب منه من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلا شيء عليه ومن أخرج منه شيئاً فعليه غرامة مثليه والعقوبة » قال الترمذى : هذا حديث حسن .

وروى أبو سعيد الخدرى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا أتيت على حائط بستان فنــاد صاحب البستان ثلاثاً ، فإن أجابك وإلا فكل من غير أن تفسد » .

وروى سعيد باسناده عن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله ولانه قول من سمينا من الصحابة من غير مخالف فيكون إجماعا .

فان قيل فقد أبى سعد أن يأكل ، قلنا امتناع سعد من أكله ليس بمخالف لهم لان الانسان قد يترك المباح غنى عنه أو تورعا أو تقذراً ، كترك النبي صلى الله عليه وسلم أكل الضب فأما أحاديثهم فهى مخصوصة بما رويناه من الحديث والاجماع فان كانت محوطة لم يجز الدخول اليها لقول ابن عباس ان كان عليها حائط فهو حريم فلا تأكل ، وان لم يكن عليها حائط فلا بأس . ولان إحرازه بالحائط يدل على شح صاحبه به وعدم المسامحة فيه .

قال بعض أصحابنا : اذا كان عليها ناطور فهو بمنزلة المحوط فى أنه لا يدخل اليه ولا يأكل منه الا فى الضرورة .

(فصل) وعن أحمد فى الاكل من الزرع روايتان .

إحداهما : قال لا يأكل إنما رخص فى الثمار ليس الزرع وقال ما سمعنا فى الزرع أن يمس منه ، ووجهه أن الثمار خلقها الله تعالى للأكل رطبة والنفوس تتوق اليها ، والزرع بخلافها .

والثانية : قال يأكل من الفريك لان العادة جارية بأكله رطباً أشبه الثمر ، وكذلك الحكم فى الباقلا والحمص وشبهه مما يؤكل رطبا ، فأما الشعير وما لم تجر العادة بأكله فلا يجوز الاكل منه ، والاولى فى الثمار وغيرها أن لا يأكل منها الا بإذن لما فيه من الخلاف والاخبار الدالة على التحريم

(فصل) وعن أحمد فى حلب لبن الماشية روايتان

احداهما : يجوز له أن يحلب ويشرب ولا يحمل ، لما روى الحسن عن سمرة أن النبى « ص » قال « اذا أتى أحدكم على ماشية فإن كان فيها صاحبها فليستأذنه ، فإن أذن فليحلب وليشرب ، وان لم يكن فيها فليصوت ثلاثاً فإن أجابه أحد فليستأذنه وان لم يجبه أحد فليحلب وليشرب ولا يحمل » رواه الترمذى وقال

هذا حديث حسن صحيح والعمل عليه عند بعض أهل العلم، وبه يقول احمد وإسحاق

والرواية الثانية : لا يجوز له أن يحلب ولا يشرب لما روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه ، أيحب أحدكم أن تؤتى مشربته فتكسر خزانته فينقل طعامه فإنما يخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم . فلا يحلبن أحد ماشية أحد إلا بإذنه » وفى لفظ « فإن ما فى ضروع مواشيهم مثل ما فى مشاربهم » متفق عليه

« مسألة » قال (ومن اضطر فأصاب الميتة وخبزاً لا يعرف مالكه أكل الميتة)

وبهذا قال سعيد بن المسيب وزيد بن أسلم ، وقال مالك : إن كانوا يصدقونه انه مضطر أكل من الزرع والثمر وشرب اللبن ، وان خاف أن تقطع يده أو لا يقبل منه أكل الميتة ، ولأصحاب الشافعى وجهان

أحدهما : يأكل الطعام ، وهو قول عبد الله بن دينار لأنه قادر على الطعام الحلال فلم يجز له أكل الميتة كما لو بذله له صاحبه

ولنا أن أكل الميتة منصوص عليه ومال الآدمى مجتهد فيه والعدول إلى المنصوص عليه أولى ولأن حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة والمساهلة وحقوق الآدمى مبنية على الشح والتضييق . ولأن حق الآدمى تلزمه غرامته وحق الله لا عوض له .

(فصل) إذا وجد المضطر من يطعمه ويسقيه لم يحل له الامتناع من الأكل والشرب ولا العدول إلى أكل الميتة إلا أن يخاف أن يسمه فيه أو يكون الطعام الذى يطعمه مما يضره ويخاف أن يهلكه أو يمرضه .

فصل

وإن وجد طعاما مع صاحبه فامتنع من بذله له أو بيعه منه ووجد ثمنه لم يجز له مكابرته عليه وأخذه منه وعدل إلى الميتة ، سواء كان قوياً يخاف من مكابرته التلف أو لم يخف ، فإن بذله له بثمن مثله وقدر على الثمن لم يحل له أكل الميتة ، لأنه قادر على طعام حلال وان بذله بزيادة على ثمن المثل لا يجحف بماله لزمه شراؤه

أيضا لما ذكرناه ، وان كان عاجزاً عن الثمن فهو فى حكم العادم ، وان امتنع من بذله إلا بأكثر من ثمن مثله فاشتراه المضطر بذلك لم يلزمه أكثر من ثمن مثله لأن الزيادة أحوج الى بذلها بغير حق فلم يلزمه كالمكره .

(فصل) وان وجد المحرم ميتة وصيداً أكل الميتة ، وبه قال الحسن ومالك وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال الشافعي فى أحد قوليه يأكل الصيد ويفديه ، وهو قول الشعبي لأن الضرورة تبيحه ومع القدرة عليه لا تحل الميتة لغناه عنها .

ولنا أن إباحة الميتة منصوص عليها وإباحة الصيد مجتهد فيها وتقديم المنصوص عليه أولى فإن لم يجد ميتة ذبح الصيد وأكله ، نص عليه أحمد لأنه مضطر اليه عينا وقد قيل إن فى الصيد تحريمات ثلاثا . تحريم قتله وأكله وتحريم الميتة ، لأن ما ذبحه المحرم من الصيد يكون ميتة فقد ساوى الميتة فى هذا وفضل عليها بتحريم القتل والأكل ، ولكن يقال على هذا ان الشارع إذا أباح له ذبحه لم يصر ميتة ، ولهذا لو لم يجد الميتة فذبحه كان ذكيا طاهراً وليس بنجس ولا ميتة ، ولهذا يتعين عليه ذبحه فى محل الذبح وتعتبر شروط الذكاة فيه ولا يجوز قتله ، ولو كان ميتة لم يتعين ذلك عليه

(فصل) واذا ذبح المحرم الصيد عند الضرورة جاز له ان يشبع منه لانه لحم ذكى لا حق فيه لآدمى سواه فأبيح له الشبع منه كما لو ذبحه حلال من أجله .

(فصـــل) فإن لم يجد المضطر شيئا لم يبح له أكل بعض أعضائه ، وقال بعض أصحاب الشافعي : له ذلك لأن له أن يحفظ الجملة بقطع عضو كما لو وقعت فيه الأكلة .

ولنا أن أكله من نفسه ربما قتله فيكون قاتلا لنفسه ولا يتيقن حصول البقاء بأكله ، أما قطع الأكلة فإنه يخاف الهلاك بذلك العضو فأبيح له إبعاده ودفع ضرره المتوجه منه بتركه كما ابيح قتل الصائل عليه ولم يبح له قتله ليأكله .

(فصل) وان لم يجد الا آدميا محقون الدم لم يبح له قتله اجماعا ولا اتلاف عضو منه ، مسلما كان أو كافراً لانه مثله فلا يجوز ان يبقى نفسه باتلافه ، وهذا لا خلاف فيه .

وان كان مباح الدم كالحربي والمرتد فذكر القاضي أن له قتله واكله ، لأن

قتله مباح ، وهكذا قال أصحاب الشافعي لأنه لاحرمة له فهو بمنزلة السباع ، وإن وجده ميتاً أبيح أكله ، لأن أكله مباح بعد قتله فكذلك بعد موته ، وإن وجد معصوما ميتاً لم يبح أكله في قول أصحابنا

وقال الشافعي وبعض الحنفية يباح وهو أولى لأن حرمة الحي أعظم . وقال أبو بكر بن داود : أباح الشافعي أكل لحوم الأنبياء ، واحتج أصحابنا بقول النبي صلى الله عليه وسلم «كسر عظم الميت ككسر عظم الحي » واختار ابو الخطاب أن له أكله وقال لا حجة في الحديث ههنا لأن الأكل من اللحم لا من العظم ، والمراد بالحديث التشبيه في أصل الحرمة لا في مقـــدارها بدليل اختلافهما في الضمان والقصاص ووجوب صيانة الحي بما لا يجب به صيانة الميت

« مسألة » قال (فإن لم يصب إلا طعاما لم يبعه مالكه أخذه قهراً ليحيي به نفسه وأعطاه ثمنه إلا أن يكون بصاحبه مثل ضرورته)

وجملته انه إذا اضطر فلم يجد إلا طعامالغيره نظرنا فإن كان صاحبه مضطرا اليه فهو أحق به ولم يجز لأحد أخذه منه لأنه ساواه في الضرورة وانفرد بالملك فأشبه غير حال الضرورة ؛ وان أخذه منه أحد فمات لزمه ضمانه لأنه قتله بغير حق ، وان لم يكن صاحبه مضطرا اليه لزمه بذله للمضطر لأنه يتعلق به إحياء نفس آدمي معصوم فلزمه بذله له كما يلزمه بذل منافعه في إنجائه من الغرق والحريق ، فإن لم يفعل فللمضطر أخــذه منه لانه مستحق له دون مالكه فجاز له أخذه كغير ماله . فإن احتيج في ذلك الى قتال فله المقاتله عليه ، فإن قتل المضطر فهو شهيد وعلى قاتله ضمانه ، وان آل أخذه الى قتل صاحبه فهو هدر لانه ظالم بقتاله فأشبه الصائل الا أن يمكن أخذه بشراء أو استرضاء فليس له المقاتلة عليه لإمكان الوصول اليه دونها ، فإن لم يبعه الا بأكثر من ثمن مثله فذكر القاضي أن له قتاله والاولى أن لا يجوز له ذلك لإمكان الوصول اليه بدونها .

وان اشتراه بأكثر من ثمن مثله لم يلزمه الا ثمن مثله لانه صار مستحقا له بقيمته ويلزمه عوضه في كل موضع أخذه ، فان كان معه في الحال والا لزمه في ذمته ولا يباح للمضطر من مال أخيه إلا ما يباح من الميتة .

قال أبو هريرة : قلنا يارسول الله ما يحل لاحدنا من مال أخيه اذا اضطر اليه ؟ قال « يأكل ولا يحمل ويشرب ولا يحمل »

(فصــــل)

واذا اشتدت المخمصة فى سنة المجاعة وأصابت الضرورة خلقا كثيراً وكان عند بعض الناس قدر كفايته وكفاية عياله لم يلزمه بذله للمضطرين وليس لهم أخذه منه لان ذلك يفضى الى وقوع الضرورة به ولا يدفعها عنهم ، وكذلك ان كانوا فى سفر ومعه قدر كفايته من غير فضلة لم يلزمه بذل ما معه للمضطرين ، ولم يفرق أصحابنا بين هذه الحال وبين كونه لا يتضرر بدفع ما معه اليهم فى أن ذلك واجب عليه لكونه غير مضطر فى الحال والآخر مضطر فوجب تقديم حاجة المضطر ولنا أن هذا مفض به الى هلاك نفسه وهلاك عياله فلم يلزمه كما لو أمكنه إنجاء الغريق بتغريق نفسه ، ولان فى بذله إلقاء بيده الى التهلكة وقد نهى الله عن ذلك .

« مسألة » قال (ولا بأس بأكل الضب والضبع)

أما الضب فإنه مباح فى قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن الخطاب وابن عباس وأبو سعيد وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى عنهم ، قال أبو سعيد كنا معشر أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم لان يهدى الى أحدنا ضب أحب اليه من دجاجة ، فقال عمر ما يسرنى أن مكان كل ضب دجاجة سمينة ولوددت أن فى كل جحر ضب ضبين وبهذا قال مالك والليث والشافعى وابن المنذر .

وقال أبو حنيفة هو حرام وبهذا قال الثورى لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن أكل لحم الضب ، وروى نحوه عن على ولأنه ينهش فأشبه ابن عرس

ولنا . ما روى ابن عباس قال : « دخلت أنا وخالد بن الوليد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بيت ميمونة فأتى بضب محنوذ فقيل هو ضب يارسول الله فرفع يده فقلت أحرام هو يارسول الله ؟ قال لا ولكنه لم يكن بأرض قومى فأجدنى أعافه قال خالد فاجتررته فأكلته ورسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر » متفق عليه

قال ابن عباس ترك رسول الله صلى الله عليه وسلم الضب تقذراً وأكل على مائدته ولو كان حراماً ما أكل على مائدة رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال عمر إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحرم الضب ولكنه قذره ولو كان عندى لأكلته ، ولأن الأصل الحل ولم يوجد المحرم فبقى على الاباحة ولم يثبت فيه عن النبي (ص) نهى ولا تحريم ولأن الإباحة قول من سمينا من الصحابة ولم يثبت عنهم خلافه فيكون إجماعا .

(فصـــل)

فأما الضبع فرويت الرخصة فيها عن سعد وابن عمر وأبى هريرة وعروة ابن الزبير وعكرمة وإسحاق ، وقال عروة : ما زالت العرب تأكل الضبع ولا ترى بأكلها بأسا .

وقال أبو حنفية والثورى ومالك : هو حرام : وروى نحو ذلك عن سعيد ابن المسيب لانها من السباع ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن أكل كل ذى ناب من السباع وهى من السباع فتدخل فى عموم النهى ، وروى عن النبي (ص) أنه سئل عن الضبع فقال « ومن يأكل الضبع ؟ » .

ولنا ما روى جابر قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بأكل الضبع ، قلت صيد هى ؟ قال : نعم » واحتج به أحمد ، وفى لفظ قال « سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الضبع فقال : هو صيد ويجعل فيه كبش إذا صاده المحرم » رواه أبو داود .

قال ابن عبد البر : هذا لا يعارض حديث النهى عن كل ذى ناب من السباع لأنه أقوى منه ، قلنا : هذا تخصيص لا معارض ولا يعتبر فى التخصيص كون المخصص فى رتبة المخصص بدليل تخصيص عموم الكتاب بأخبار الآحاد ، فأما الخبر الذى فيه « ومن يأكل الضبع ؟ » فحديث طويل يرويه عبد الكريم بن أبى المخارق ينفرد به وهو متروك الحديث ، ولأن الضبع قد قيل إنها ليس لها ناب وسمعت من يذكر أن جميع أسنانها عظم واحد كصفحة نعل الفرس ، فعلى هذا لا تدخل فى عموم النهى والله أعلم .

« مسألة » قال (ولا يؤكل الترياق لأنه يقع فيه لحوم الحيات)

الترياق دواء يتعالج به من السم ويجعل فيه من لحوم الحيات فلا يباح أكله ولاشربه لان لحم الحية حرام وممن كرهه الحسن وابن سيرين ورخص فيه الشعبي ومالك لانه يرى إباحة لحوم الحيات ويقتضيه مذهب الشافعي لاباحته التداوى ببعض المحرمات .

ولنا أن لحم الحيات حرام بما قد ذكرناه فيما مضى ، ولا يجوز التداوى بمحرم لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله لم يجعل شفاء أمتي فيما حرم عليها »

(فصل) ولا يجوز التداوى بمحرم ولا بشيء فيه محرم مثل ألبان الاتن ولحم شيء من المحرمات ولا شرب الخمر للتداوى به لما ذكرنا من الخبر ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر له النبيذ يصنع للدواء فقال : إنه ليس بدواء ولكنه داء » .

(فصل) ويجوز أكل الاطعمة التي فيها الدود والسوس كالفواكه والقثاء والخيار والبطيخ والحبوب والخل إذا لم تقذره نفسه وطابت به لان التحرز من ذلك يشق ويجوز أكل العسل بقشه وفيه فراخ لذلك وان نقاه فحسن فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه أتي بتمر عتيق فجعل يفتشه ويخرج السوس منه وينقيه وهذا أحسن .

« مسألة » قال (ولا يؤكل الصيد إذا رمى بسهم مسموم إذا علم أن السم أعان على قتله)

إنما كان كذلك لان ما قتله السم محرم وما قتله السهم وحده مباح فإذا مات بسبب مبيح ومحرم حرم كما لو مات برمية مسلم ومجوسي أو قتل الصيد كلب معلم وغيره أو وجد مع كلبه كلباً لا يعرف حاله أو رمى صيداً بسهم فوجده غريقاً فى الماء أو تردى من جبل أو وطىء عليه شيء فإن علم أن السم لم يعن على قتله لكون السهم أوحى منه فهو مباح لانتفاء المحرم .

« مسأله » قال (وما كان مأواه البحر وهو يعيش فى البر لم يؤكل إذا مات فى بر أو بحر)

كل ما يعيش فى البر من دواب البحر لا يحل بغير ذكاة كطير الماء والسلحفاة وكلب الماء إلا مالا دم فيه كالسرطان فإنه يباح بغير ذكاة ، قال أحمد : السرطان لا بأس به قيل له يذبح ؟ قال : لا . وذلك لأن مقصود الذبح إنما هو إخراج الدم منه وتطييب اللحم بإزالته عنه فما لادم فيه لا حاجة الى ذبحه .

وأما سائر ما ذكرنا فلا يحل إلا أن يذبح ، قال أحمد كلب الماء يذبحه ولا أرى بأساً بالسلحفاة إذا ذبح والرق يذبحه ، وقال قوم يحل من غير ذكاة لقول النبي صلى الله عليه وسلم فى البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » ولأنه من حيوان البحر فأبيح بغير ذكاة كالسمك والسرطان ، وقال أبو بكر الصديق رضى الله عنه كل مافى البحر قد ذكاه الله تعالى لكم .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن شريح رجل أدرك النبي صلى الله عليه وسلم قال « كل شيء فى البحر مذبوح » وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن الله ذبح كل شيء فى البحر لابن آدم » .

ولنا أنه حيوان يعيش فى البر له نفس سائلة فلم يبح بغير ذبح كالطير ولاخلاف فى الطير فيما علمناه والأخبار محمولة على مالا يعيش إلا فى البحر كالسمك وشبهه لأنه لا يتمكن من تذكيته لأنه لا يذبح إلا بعد إخراجه من الماء وإذا خرج مات .

فصل

فأما مالا يعيش الا فى الماء كالسمك وشبهه فإنه يباح بغير ذكاة لا نعلم فى هذا خلافا لما ذكرنا من الأخبار .

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أحلت لنا ميتتان ودمان ، فأما الميتتان فالسمك والجراد ، وقد صح أن أبا عبيدة وأصحابه وجدوا على ساحل البحر دابة يقال لها العنبر ميتة فأكلوا منها شهراً حتى سمنوا وادهنوا فلما قدموا

على النبي صلى الله عليه وسلم أخبروه فقال « هو رزق أخرجه الله لكم فهل معكم من لحمه شيء تطعمونا » متفق عليه .

(فصل) وكل صيد البحر مباح الا الضفدع وهذا قول الشافعي ، وقال الشعبي لو أكل أهلي الضفادع لأطعمتهم ، وروى عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال في كل ما في البحر قد ذكاه الله لكم ، وعموم قوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه) يدل على إباحة جميع صيده .

وروى عطاء وعمرو بن دينار أنهما بلغهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ان الله ذبح كل شيء في البحر لابن آدم » فأما الضفدع فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قتله رواه النسائي فيدل ذلك على تحريمه ، فأما التمساح فقد نقل عنه ما يدل على أنه لا يؤكل .

وقال الأوزاعي : لا بأس به لمن اشتهاه ، وقال ابن حامد : لا يؤكل التمساح ولا الكوسج لأنهما يأكلان الناس ، وقد روى عن إبراهيم النخعي وغيره أنه قال كانوا يكرهون سباع البحر كما يكرهون سباع البر وذلك لنهي النبي (ص) عن كل ذي ناب من السباع .

وقال أبو علي النجاد ما حرم نظيره في البر فهو حرام في البحر ككلب الماء وخنزيره وإنسانه ، وهو قول الليث إلا في كلب الماء فإنه يرى إباحة كلب البر والبحر ، وقال أبو حنيفة : لا يباح إلا السمك ، وقال مالك : كل ما في البحر مباح لعموم قوله تعالى (أحل لكم صيد البحر وطعامه) .

(فصل)

وكلب الماء مباح وركب الحسن بن علي رضي الله عنه سرجا عليه جلد من جلود كلاب الماء وهذا قول مالك والشافعي والليث ويقتضيه قول الشعبي والأوزاعي ولا يباح عند أبي حنيفة ، وهو قول أبي علي النجاد وبعض أصحاب الشافعي .

ولنا عموم الآية والخبر ، قال عبد الله سألت أبي عن كلب الماء فقال حدثنا يحيى بن سعيد عن ابن جريج عن عمرو بن دينار وأبي الزبير سمعا شريحاً (١) رجل

---

(١) هو شريح الحجازي له صحبة روى عنه عمرو بن دينار وأبو الزبير .

ادرك النبي صلى الله عليه وسلم يقول «كل شيء في البحر فهو مذبوح» قال فذكرت ذلك لعطاء فقال أما الطير فنذبحه . وقال أبو عبد الله كلب الماء نذبحه .

(فصل) قيل لابي عبد الله يكره الجرى ؟ قال لا والله وكيف لنا بالجرى ؟ ورخص فيه علي والحسن ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأى وسائر أهل العلم وقال ابن عباس : الجرى لا تأكله اليهود ووافقتهم الرافضة ومخالفتهم صواب

(فصل) وعن أحمد في السمكة توجد في بطن سمكة أخرى أو حوصلة طائر أو يوجد في حوصلته جراد فقال في موضع : كل شيء أكل مرة لا يؤكل وقال في موضع الطافي أشد من هذا وقد رخص فيه أبو بكر رضي الله عنه وهذا هو الصحيح ، وهو مذهب الشافعي فيما في بطن السمكة دون ما في حوصلة الطائر لانه كالرجيع ورجيع الطائر عنده نجس .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « أحلت لنا ميتتان ودمان » ولانه حيوان طاهر في محل طاهر لا تعتبر له ذكاة فأبيح كالطافي من السمك وهكذا يخرج في الشعير يوجد في بعر الجمل أو خثى الجواميس ونحوها .

«مسألة» قال (واذا وقعت النجاسة في مائع كالدهن وما أشبهه نجس واستصبح به إن أحب ولم يحل أكله ولا ثمنه)

ظاهر هذا أن النجاسة اذا وقعت في مائع غير الماء نجسته وان كثر ، وهذا ظاهر المذهب ، وعن أحمد رواية أخرى أنه لا ينجس اذا كثر قال حرب سألت أحمد عن كلب ولغ في سمن أو زيت قال اذا كان في آنية كبيرة مثل حب أو نحوه رجوت أن لا يكون به بأس يؤكل واذا كان في آنية صغيرة فلا يعجبني أن يؤكل وسئل عن كلب وقع في خل أكثر من قلتين فخرج منه وهو حي فقال هذا أسهل من أنه لو مات

وعنه رواية ثالثة ما أصله الماء كالخل التمرى يدفع النجاسة عن نفسه اذا كثر وما ليس أصله الماء لا يدفع عن نفسه ، قال المروذى قلت لابي عبدالله فإن وقعت النجاسة في خل أو دبس ؟ فقال : اما الخل فأصله الماء يعود الى ان يكون ماء اذا حمل عليه وقال ابن مسعود في فأرة وقعت في سمن إنما حرم من الميتة لحمها ودمها

ولنا ما روى ابو هريرة رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه إسئل عن فأرة وقعت فى سمن قال « ان كان جامداً فخذوها وما حولها فألقوه ، وإن كان مائعا فلا تقربوه » ولان غير الماء ليس بطهور فلا يدفع النجاسة عن نفسه وحكم الجامد قد ذكرناه فيما تقدم . واختلفت الرواية فى الاستصباح بالزيت النجس ، فأكثر الروايات إباحته ، لأن ابن عمر أمر ان يستصبح به ، ويجوز أن تطلى به سفينة ، وهذا قول الشافعى

وعن احمد : لا يجوز الاستصباح به وهو قول ابن المنذر ، لان النبى (ص) سئل عن شحوم الميتة تطلى بها السفن وتدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ، فقال لا ، هو حرام . وهذا فى معناه

ولنا انه زيت أمكن الانتفاع به من غير ضرر فجاز كالطاهر ، وقد جاء عن النبي فى العجين الذى عجن بماء من آبار ثمود انه نهاهم عن أكله وأمرهم ان يعلفوه النواضح ، وهذا الزيت ليس بميتة ولا هو من شحومها فيتناوله الخبر .

إذا ثبت هذا فإنه يستصبح به على وجه لا يمسه ولا تتعدى نجاسته اليه : إما ان يجعل الزيت فى ابريق له بلبلة ويصب منه فى المصباح ولا يمسه ، وإما ان يدع على رأس الجرة التى فيها الزيت سراجا مثقوباً أو قنديلا فيه ثقب ويطينه على رأس إناء الزيت أو يشمعه ، وكلما نقص زيت السراج صب فيه ماء بحيث يرتفع الزيت فيملأ السراج وما أشبه هذا ، ولم ير ابو عبد الله ان تدهن بها الجلود وقال يجعل منه الأسقية والقرب .

ونقل عن عمر انه تدهن به الجلود ، وعجب احمد من هذا وقال : إن فى هذا لعجبا ، شيء يلبس يطيب بشيء فيه ميتة ؟ فعلى قول احمد : كل انتفاع يفضى الى تنجيس إنسان لا يجوز ، وان لم يفض الى ذلك جاز ، فأما أكله فلا إشكال فى تحريمه ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا تقربوه » ولان النجس خبيث وقد حرم الله الخبائث . وأما بيعه فظاهر كلام احمد رحمه الله تحريمه لقول النبي (ص) « إذا حرم الله شيئا حرم ثمنه » وقال أبو موسى : لتوه بالسويق وبيعوه ولا تبيعوه من مسلم وبينوه .

وحكى أبو الخطاب عن احمد رواية انه يباع لكافر بشرط ان يعلم بنجاسته لأن الكفار يعتقدون حله ويستبيحون أكله

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا أثمانها ، ان الله اذا حرم شيئا حرم ثمنه » متفق عليه وكونهم يعتقدون حله لا يجوز لنا بيعه لهم كالخمر والخنزير

فصـــل

فأما شحوم الميتة وشحم الخنزير فلا يجوز الانتفاع به باستصباح ولا غيره ولا أن تطلى به السفن ولا الجلود ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ان الله حرم الميتة والخنزير والاصنام » قالوا يا رسول الله : شحوم الميتة تطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح الناس ؟ قال لا ، هي حرام . متفق عليه .

(فصـل) اذا استصبح بالزيت النجس فدخانه نجس لأنه جزء يستحيل منه والاستحالة لا تطهر ، فإن علق بشيء وكان يسيراً عفي عنه لأنه لا يمكن التحرز منه فأشبه دم البراغيث . وان كان كثيرا لم يعف عنه

(فصل) سئل أحمد عن خباز خبز خبزا فباع منه ثم نظر في الماء الذي عجن منه فاذا فيه فأرة ، فقال لا يبيع الخبز من أحد ، وان باعه استرده فان لم يعرف صاحبه تصدق بثمنه ويطعمه من الدواب مالا يؤكل لحمه ولا يطعم لما يؤكل الا ان يكون اذا أطعمه لم يذبح حتى يكون له ثلاثة أيام على معنى الجلالة ، قيل له أليس قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا تنتفعوا من الميتة ؟ » قال ليس هذا بمنزلة الميت انما اشتبه عليه ، قيل له فهو بمنزلة كسب الحجام يطعم الناضح والرقيق ؟ قال هذا أشد عندي لا يطعم الرقيق لكن يعلفه البهائم ، قيل له أين الحجة ؟ قال حدثنا عبد الصمد عن صخر عن نافع عن ابن عمر ان قوما اختبزوا من آبار الذين مسخوا فقال النبي صلى الله عليه وسلم « أطعموه النواضح »

(فصل) قال احمد : لا ارى ان يطعم كلبه المعلم الميتة ولا الطير المعلم لانه يضريه على الميتة ، فان أكل الكلب فلا ارى صاحبه حرجا ، ولعل احمد كره ان يكون الكلب المعلم اذا صاد وقتل اكل منه لتضريته باطعامه الميتة ولم يكره مالك اطعام كلبه وطيره الميتة لانه غير مأكول اذا كان لا يشرب في انائه

(فصـل) قال أحمد : أكره أكل الطين ولا يصح فيه حديث إلا انه يضر بالبدن ويقال انه رديء وتركه خير من أكله ، وانما كرهه أحمد لأجل مضرته فإن كان منه ما يتداوى به كالطين الأرمني فلا يكره ، وإن كان مما لا مضرة فيه ولا نفع كالشيء اليسير جاز أكله لأن الأصل الإباحة والمعنى الذى لأجله كره ما يضر وهو منتف ههنا فلم يكره

(فصـل) ويكره أكل البصل والثوم والكراث والفجل وكل ذى رائحة ريهة من أجل كرائحته ، سواء أراد دخول المسجد أو لم يرد ، لأن النبي (ص) قال « ان الملائكة تتأذى مما يتأذ منه الناس » رواه ابن ماجه : وان أكله لم يقرب من المسجد لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا » وفى رواية « فلا يقربنا فى مساجدنا » رواه الترمذى وقال حديث حسن صحيح ، وليس أكلها محرماً لما روى أبو أيوب أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث اليه بطعام لم يأكل منه النبى صلى الله عليه وسلم ، فذكر ذلك له فقال النبى صلى الله عليه وسلم . فيه الثوم ؟ فقال يارسول الله أحرام هو ؟ قال لا . ولكننى أكرهه من أجل ريحه » قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح

وقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعلى « كل الثوم فلولا ان الملك يأتينى لأكلته » وانما منع أكلها لئلا يؤذى الناس برائحته ، ولذلك نهى عن قربان المساجد فإن أتى المساجد كره له ذلك ولم يحرم عليه لما روى المغيرة بن شعبة قال أكلت ثوما وأتيت مصلى النبى صلى الله عليه وسلم وقد سبقت بركعة فلما دخلت المسجد وجد رسول الله صلى الله عليه وسلم ريح الثوم ، فلما قضى صلاته قال : من أكل من هذه الشجرة فلا يقربنا حتى يذهب ريحها ، فجئت فقلت يا رسول الله لتعطنى يدك ، قال فأدخلت يده فى كم قميصى الى صدرى فإذا انا معصوب الصدر ، فقال ان لك عذرا » رواه ابو داود

وقد روى عن احمد انه يأثم لان ظاهر النهى التحريم ؛ ولان اذى المسلمين حرام وهذا فيه اذاهم .

(فصل) ويكره اكل الغده واذن القلب لما روى عن مجاهد قال : كره رسول الله (ص) من الشاة ستا ، وذكر هذين ، ولان النفس تعافهما وتستخبثهما

ولا أظن أحمد كرههما إلا لذلك لا للخبر لأنه قال فيه هذا حديث منكر ولأن في الخبر ذكر الطحال ، وقد قال أحمد لا بأس به ولا أكره منه شيئا .

(فصل) وقيل لأبي عبد الله الجبن ؟ قال يؤكل من كل وسئل عن الجبن الذى يصنعه المجوس فقال ما أدرى الا أن أصح حديث فيه حديث الأعمش عن أبي وائل عن عمرو بن شرحبيل قال سئل عمر عن الجبن وقيل له يعمل فيه الانفحة الميتة فقال « سموا أنتم وكلوا » رواه أبو معاوية عن الأعمش وقال أليس الجبن الذى نأكله عامته يصنعه المجوس ؟

فصل

ولا يجوز أن يشترى الجوز الذى يتقامر به الصبيان ولا البيض الذى يتقامرون به يوم العيد لأنهم يأخذونه بغير حق .

(فصل) قال أحمد والضيافة على كل المسلمين كل من نزل عليه ضيف كان عليه أن يضيفه ، قيل ان ضاف الرجل ضيف كافر يضيفه ؟ قال : قال (ص) « ليلة الضيف حق واجب على كل مسلم » وهذا الحديث بين ولما أضاف المشرك دل على أن المسلم والمشرك يضاف وأنا أراه كذلك ، والضيافة معناها معنى صدقة التطوع على المسلم والكافر واليوم والليلة حق واجب .

وقال الشافعي : ذلك مستحب وليس بواجب لانه غير مضطر الى طعامه فلم يجب عليه بذله كما لو لم يضفه .

ولنا ما روى المقدام بن أبي كريمة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليلة الضيف حق واجب فإن أصبح بفنائه فهو دين عليه إن شاء اقتضى وإن شاء ترك » حديث صحيح .

وفى لفظ « أيما رجل ضاف قوماً فأصبح الضيف محروما فإن نصره على كل مسلم حتى يأخذ بحقه من زرعه وماله » رواه أبو داود ، والواجب يوم وليلة والكمال ثلاثة أيام لما روى أبو شريح الخزاعى قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الضيافة ثلاثة أيام وجائزته يوم وليلة ولا يحل لمسلم أن يقيم عند أخيه حتى يؤثمه » قالوا يارسول الله كيف يؤثمه ؟ قال « يقيم عنده وليس عنده مايقريه »

متفق عليه . قال أحمد جائزته يوم وليله كأنه أوكد من سائر الثلاثة ولم يرد يوما وليله سوى الثلاثة لأنه يصير أربعة أيام ، وقد قال وما زاد على الثلاثة فهو صدقة فإن امتنع من إضافته فللضيف بقدر ضيافته .

قال أحمد : له أن يطالبهم بحقه الذى جعله له النبي صلى الله عليه وسلم ولا يأخذ شيئا إلا بعلم أهله ، وعنه رواية أخرى أن له أن يأخذ ما يكفيه بغير إذنهم لما روى عقبة بن عامر قال : قلنـــا يا رسول الله أنك تبعثنا فننزل بقوم لا يقروننا قال « إذا نزلتم بقوم فأمروا لكم بما ينبغي للضيف فاقبلوا فإن لم يفعلوا فخذوا منهم حق الضيف الذى ينبغي لهم » متفق عليه .

وقال أحمد فى تفسير قول النبي صلى الله عليه وسلم « فله أن يعقبهم بمثل قراه » يعنى أن يأخذ من أرضهم وزرعهم وضرعهم بقدر ما يكفيه بغير إذنهم ، وعن أحمد رواية أخرى : أن الضيافة على أهل القرى دون أهل الامصار .

قال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن الضيافة أى شيء تذهب فيها ؟ قال هى مؤكدة وكأنها على أهل الطرق والقرى الذين يمر بهم النـاس أوكد ، فأما مثلنا الآن فكأنه ليس مثل أولئك .

(فصـــل)

قال المروذى سألت أبا عبد الله قلت تكره الخبز الكبار قال نعم أكرهه ليس فيه بركة إنما البركة فى الصغار ، وقال مرهم أن لا يخبزوا كباراً قال رأيت أبا عبد الله يغسل يديه قبل الطعام وبعده ، وان كان على وضوء .

وقال مهنا ذكرت ليحيى بن معين حديث قيس بن الربيع عن أبى هاشم عن زاذان عن سلمان عن النبى صلى الله عليه وسـلم قال « بركة الطعام الوضوء قبله وبعده » فقال لى يحيى ما أحسن الوضوء قبله وبعده ، وذكرت الحديث لأحمد فقال ما حدث بهذا إلا قيس بن الربيع وهو منكر الحديث ، قلت بلغنى عن يحيى ابن سعيد قال . كان سفيان يكره غسل اليد عند الطعام لم كره سفيان ذلك ؟ قال لأنه من زى العجم ، قلت بلغنى عن يحيى بن سعيد قال كان سفيان يكره أن يكون تحت القصعة الرغيف لم كرهه سفيان ؟ قال كره أن يستعمل الطعام قلت تكرهه أنت

قال نعم ، وروى عن عقيل قال حضرت مع ابن شهاب وليمة ففرشوا المائدة بالخبز فقال لا تتخذوا الخبز بساطا .

وقال المروذى : قلت لأبى عبد الله إن أبا معمر قال ان أبا أسامة قدم اليهم خبزاً فكسره قال هذا لئلا تعرفوا كم تأكلون ؟ وقيل لأبى عبد الله يكره الاكل متكئا ؟ قال أليس قال النبي صلى الله عليه وسلم « لا آكل متكئا » رواه أبو داود ، وعن شعيب بن عبد الله بن عمرو ، وعن أبيه قال « مارئى رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل متكئا قط » رواه ابو داود .

وعن ابن عمر قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأكل الرجل وهو منبطح » رواه أبو داود .

(فصل)

وتستحب التسمية عند الطعام وحمد الله عند آخره ، لما روى عمر بن أبى مسلمة قال أكلت مع النبي صلى الله عليه وسلم فجالت يدى فى القصعة فقال « سم الله وكل بيمينك وكل مما يليك » قال فما زالت أكلتى بعد ، رواه ابن ماجه بمعناه وابو داود .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن أبى هريرة قال لا أعلمه إلا عن النبي (ص) أنه قال « للطاعم الشاكر مثل ما للصائم الصابر » قال أحمد معناه إذا أكل وشرب يشكر الله ويحمده على ما رزقه ، وعن عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « اذا أكل أحدكم فليذكر اسم الله فان نسى ان يذكر اسم الله فى أوله فليقل باسم الله أوله وآخره » رواه أبو داود ، وعن معاذ بن أنس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من أكل طعاما فقال الحمد لله الذى أطعمنى هذا ورزقنيه من غير حول منى ولا قوة غفر له ما تقدم من ذنبه »

وعن أبى سعيد قال : كان النبى صلى الله عليه وسلم اذا أكل طعاما قال « الحمد لله الذى أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين » وعن أبى أمامه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا رفع طعامه أو ما بين يديه قال « الحمد لله حمداً كثيراً مباركا فيه غير مكفى ولا مودع » رواهن ابن ماجه .

(فصل) ويأكل بيمينه ويشرب بها لما روى ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «اذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه واذا شرب فليشرب بيمينه فإن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله» رواه مسلم وأبو داود وابن ماجه .

ويستحب الاكل بثلاث أصابع لما روى كعب بن مالك قال «كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل بثلاث أصابع ولا يمسح يده حتى يلعقها» رواه الامام أحمد وذكر له حديث ترويه ابنة الزهري أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل بكفه كلها فلم يصححه ولم ير إلا ثلاث أصابع ، وروى عن أحمد أنه أكل خبيصا بكفه كلها ، وروى عن عبد الله بن بريدة أنه كان ينهى بناته أن يأكلن بثلاث أصابع وقال لا تشبهن بالرجال .

(فصـل)

قال مهنا سألت أحمد عن حديث عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لاتقطعوا اللحم بالسكين فإن ذلك صنيع الأعاجم» فقال ليس بصحيح لا نعرف هذا وقال حديث عمرو بن أمية الضمري خلاف هذا كان النبي صلى الله عليه وسلم يحتز من لحم الشاة فقام الى الصلاة وطرح السكين وحديث مسعر عن جامع بن شداد عن المغيرة اليشكري عن المغيره بن شعبة ضفت برسول الله صلى الله عليه وسلم ذات ليله فأمر بجنب فشوى ثم أخذ الشفرة فجعل يحز فجاء بلال يؤذنه بالصلاة فالقى الشفرة ، قال وسألت أحمد عن حديث أبي جحيفة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «اكفف جشاءك ياأباجحيفة فإن أكثركم شبعاً اليوم أكثركم جوعا يوم القيامة» فقال هو ويحيي جميعا ليس بصحيح .

(فصل) وروى عن ابن عباس قال «لم يكن رسول الله صلى الله عليه وسلم ينفخ فى طعام ولا شراب ولا يتنفس فى الاناء» .

وعن أنس قال «ما أكل النبي صلى الله عليه وسلم على خوان ولا فى سكرجة قال قتادة : فعلام كانوا يأكلون ؟ قال على السفر» ، وعن عائشة «أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى أن يقام على الطعام حتى يرفع» .

وعن ابن عمر قال «قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : اذا وضعت المائدة

فلا يقم رجل حتى ترفع المائدة ولا يرفع يده وان شبع حتى يفرغ القوم وليعذر فإن الرجل يخجل جليسه فيقبض يده وعسى أن يكون له فى الطعام حاجة ، وعن نبيشة قال : قال النبى صلى الله عليه وسـلم « من أكل فى قصعة فلحسها استغفرت له القصعة » .

وعن جابر قال : قال رسول الله (ص) « لا يمسح أحدكم يده حتى يلعقها فإنه لا يدرى فى أى طعامه البركة » رواهن ابن ماجه .

(فصل) وسئل أبو عبد الله عن غسل اليد بالنجاسة فقال : لا بأس به نحن نفعله ، وسئل عن الرجل يأتى القوم وهم على طعام لجأة لم يدع اليه فلما دخل اليهم دعوه هل يأكل ؟ قال نعم وما بأس ، وسئل عن حديث النبى (ص) أنه ادخر لأهله قوت سنة هو صحيح ؟ قال نعم ولـكنهم يختلفون فى لفظه .

(فصل) عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم جاء الى سعد بن عبادة فجاء بخبز وزيت فأكل ثم قال النبى صلى الله عليه وسلم « أفطر عندكم الصائمون وأكل طعامكم الابرار وصلت عليكم الملائكة » .

وعن جابر قال صنع أبو الهيثم بن التيهان للنبى صلى الله عليه وسـلم طعاما فدعا النبى (ص) وأصحابه فلما فرغوا قال « أثيبوا أخاكم » قالوا يا رسـول الله وما اثابته ؟ قال « ان الرجل اذا دخل بيته فأكل طعامه وشرب شرابه فدعوا له فذلك اثابته » رواه أبو داود والله أعلم .

كتاب الاضاحى

الأصل فى مشروعية الأضحيه الكتاب والسنه والاجماع . أما الكتاب فقول الله سبحانه (فصـــلّ لربك وانحر) قال بعض أهل التفسير المراد به الأضحية بعد صلاة العيـــد .

وأما السنة : فما روى أنس قال «ضحى النبي صلى الله عليه وسلم بكبشين أملحين أقرنين ذبحهما بيده وسمى وكبر ووضع رجله على صفاحهما » متفق عليه ، والأملح الذى فيه بياض وسواد وبياضه أغلب قاله الكسائى: وقال ابن الأعرابى هو النقى البياض قال الشـاعر :

حتى اكتسى الرأس قناعا أشيبا أملح لا لذآ ولا محببـــا

وأجمع المسلمون على مشروعية الأضحية .

« مسـألة » قال (والأضحية سنة لا يستحب تركها لمن يقدر عليها)

أكثر أهل العـــلم يرون الأضحية سنة مؤكدة غير واجبة . روى ذلك عن أبى بكر وعمر وبلال وأبى مسعود البدرى رضى الله عنهم ، وبه قال سويد بن غفله وسعيد بن المسيب وعلقمة والأسود وعطاء والشافعى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال ربيعة ومالك والثورى والاوزاعى والليث وأبو حنيفه هى واجبة لما روى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من كان له سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا» وعن مخنف بن سليم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يا أيها الناس ان على كل أهل بيت فى كل عام أضحاة وعتيرة » .

ولنا ما روى الدارقطنى بإسناده عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم قال «ثلاث كتبت على وهن لكم تطوع» وفى روايه «الوتر والنحر وركعتا الفجر» ولان النبى صلى الله عليه وسلم قال «من أراد أن يضحى فدخل العشر فلا يأخذ من شعره ولا بشرته شيئا » رواه مسلم علقه على الارادة والواجب لا يعلق على الارادة ، ولانها ذبيحة لم يجب تفريق لحمها فلم تكن واجبه كالعقيقة، فأما حديثهم

فقد ضعفه أصحاب الحديث ثم نحمله على تأكيد الاستحباب كما قال « غسل الجمعة واجب على كل محتلم » وقال « من أكل من هاتين الشجرتين فلا يقربن مصلانا » وقد روى عن احمد فى اليتيم. يضحى عنه وليه إذا كان موسراً ، وهذا على سبيل التوسعة فى يوم العيد لا على سبيل الايجاب

(فصل) والأضحية أفضل من الصدقة بقيمتها نص عليه أحمد وبهذا قال ربيعة وابو الزناد ، وروى عن بلال انه قال : ما أبالى أن لا أضحى إلا بديك ، ولأن أضعه فى يتيم قد ترب فوه فهو أحب إلى من أن أضحى ، وبهذا قال الشعبي وابو ثور وقالت عائشة « لأن أتصدق بخاتمى هذا أحب إلى من ان اهدى الى البيت ألفا »

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم ضحى والخلفاء بعده ولو علموا أن الصدقة أفضل لعدلوا اليها . وروت عائشة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال « ما عمل ابن آدم يوم النحر عملا أحب إلى الله من إراقة دم وانه ليؤتى يوم القيامة بقرونها وأظلافها وأشعارها وان الدم ليقع من الله بمكان قبل ان يقع على الأرض فطيبوا بها نفسا » رواه ابن ماجة ، ولأن ايثار الصدقة على الاضحية يفضى الى ترك سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأما قول عائشة فهو فى الهدى دون الاضحية وليس الخلاف فيه .

« مسـألة » قال (ومن أراد أن يضحى فدخل العشر فلا يأخذ من شعره ولا بشرته شيئا)

ظاهر هذا تحريم قص الشعر ، وهو قول بعض أصحابنا وحكاه ابن المنذر عن احمد واسحاق وسعيد بن المسيب . وقال القاضى وجماعة من أصحابنا هو مكروه غير محرم ، وبه قال مالك والشافعى لقول عائشة « كنت أفتل قلائد هدى رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يقلدها بيده ثم يبعث بها ، ولا يحرم عليه شيء أحله الله له حتى ينحر الهدى » متفق عليه

وقال ابو حنيفة : لا يكره ذلك لانه لا يحرم عليه الوطء واللباس فلا يكره له حلق الشعر وتقليم الاظفار كما لو لم يرد ان يضحى .

ولنا ما روت أم سلمة عن رسول الله (ص) انه قال « اذا دخل العشر وأراد أحدكم ان يضحى فلا يأخذ من شعره ولا من أظفاره شيئا حتى يضحى» رواه مسلم ومقتضى النهى التحريم وهذا يرد القياس ويبطله ، وحديثهم عام وهذا خاص يجب تقديمه بتنزيل العام على ما عدا ما تناوله الحديث الخاص ، ولانه يجب حمل حديثهم على غير محل النزاع لوجوه ، منها أن النبى (ص) لم يكن ليفعل ما نهى عنه ، وان كان مكروها ، قال الله تعالى اخبارا عن شعيب (وما أريد ان أخالفكم الى ما أنهاكم عنه) ولان أقل احوال النهى أن يكون مكروها ولم يكن النبى (ص) ليفعله ، فيتعين حمل ما فعله فى حديث عائشة على غيره ، ولان عائشه تعلم ظاهراً ما يباشرها به من المباشرة أو ما يفعله دائما كاللباس والطيب .

فأما ما يفعله نادراً كقص الشعر وقلم الاظفار مما لا يفعله فى الايام الا مرة فالظاهر أنها لم ترده بخبرها ، وان احتمل ارادتها اياه فهو احتمال بعيد ، وما كان هكذا فاحتمال تخصيصه قريب فيكفى فيه أدنى دليل ، وخبرنا دليل قوى فكان أولى بالتخصيص ، ولان عائشة تخبر عن فعله وأم سلمة عن قوله والقول يقدم على الفعل لاحتمال ان يكون فعله خاصا له .

اذا ثبت هذا فإنه يترك قطع الشعر وتقليم الاظفار فإن فعل استغفر الله تعالى ولا فدية فيه اجماعا سواء فعله عمدا او نسيانا .

« مسأله » قال (وتجزىء البدنة عن سبعة وكذلك البقرة)

وهذا قول اكثر اهل العلم ، روى ذلك عن على وابن عمر وابن مسعود وابن عباس وعائشة رضى الله عنهم ، وبه قال عطاء وطاوس وسالم والحسن وعمرو بن دينار والثورى والاوزاعى والشافعى وابو ثور واصحاب الرأى ، وعن عمر انه قال : لا تجزىء نفس واحدة عن سبعة ، ونحوه قول مالك ، قال احمد : ماعلمت احداً الا يرخص فى ذلك الا ابن عمر

وعن سعيد بن المسيب ان الجزور عن عشرة والبقرة عن سبعة ، وبه قال اسحاق لما روى رافع « ان النبى صلى الله عليه وسلم قسم فعدل عشرة من الغنم

ببعير ، متفق عليه . وعن ابن عباس قال « كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في سفر فحضر الاضحى فاشتركنا في الجزور عن عشرة والبقرة عن سبعة » رواه ابن ماجه .

ولنا ما روى جابر قال « نحرنا بالحديبية مع النبي صلى الله عليه وسلم البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة » وقال أيضا « كنا نتمتع مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنذبح البقرة عن سبعة نشترك فيها » رواه مسلم وهذان أصح من حديثهم ، وأما حديث رافع فهو في القسمة لا في الاضحية .

إذا ثبت هذا فسواء كان المشتركون من اهل بيت أو لم يكونوا ، مفترضين أو متطوعين أو كان بعضهم يريد القربة وبعضهم يريد اللحم لان كل انسان منهم إنما يجزىء عنه نصيبه فلا تضره نية غيره في عشره

(فصـــل)

ولا بأس أن يذبح الرجل عن أهل بيته شاة واحدة أو بقرة أو بدنة ، نص عليه احمد وبه قال مالك والليث والاوزاعي واسحاق . وروى ذلك عن ابن عمر وأبي هريرة ، قال صالح قلت لابي يضحى بالشاة عن أهل البيت ؟ قال نعم لا بأس قد ذبح النبي صلى الله عليه وسلم كبشين فقرب أحدهما فقال « بسم الله اللهم هذا عن محمد وأهل بيته » وقرب الآخر فقال « بسم الله اللهم هذا منك ولك عمن وحدك من أمتي » . وحكى عن ابي هريرة انه كان يضحى بالشاة فتجيء ابنته فتقول عني ؟ فيقول وعنك ، وكره ذلك الثوري وأبي حنيفة لأن الشاة لا تجزيء عن أكثر من واحد فإذا اشترك فيها اثنان لم تجز عنهما كالاجنبيين

ولنا ما روى مسلم بإسناده عن عائشة ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى بكبش ليضحى به فأضجعه ثم ذبحه ثم قال « بسم الله اللهم تقبل من محمد وآل محمـد » وعن جابر قال : ذبح رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الذبح كبشين أملحين أقرنين فلما وجههما قال « وجهت وجهي للذي فطر السموات والارض على ملة ابراهيم حنيفا مسلما وما انا من المشركين . ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا من المسلمين ، اللهم منك ولك عن محمد وأمته ، بسم الله والله أكبر ثم ذبح » رواه ابو داود

وروى ابن ماجه عن ابي ايوب قال «كان الرجل فى عهد النبي (ص) يضحي بالشاة عنه وعن أهل بيته فيأكلون ويطعمون الناس » حديث حسن صحيح .

(فصـــل) وأفضل الاضاحي البدنة ثم البقرة ثم الشاة ثم شرك فى بقرة ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي ، وقال مالك الافضل الجذع من الضأن ثم البقرة ثم البدنة ، لان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين ولا يفعل الا الافضل ، ولو علم الله خيراً منه لفدى اسحاق به .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسـلم فى الجمعة « من راح فى الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة ، ومن راح فى الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة ، ومن راح فى الساعة الثالثة فكأنما قرب كبشا ، ومن راح فى الساعه الرابعة فكأنما قرب دجاجة ومن راح فى الساعة الخامسة فكأنما قرب بيضة » ولأنه ذبح يتقرب به الى الله تعالى فكانت البدنة فيه أفضل كالهدى فإنه قد سلمه ، ولأنها أكثر ثمنا ولحما وأنفع . فأما التضحية بالكبش فلأنه أفضل أجناس الغنم ، وكذلك حصول الفداء به أفضل والشاة أفضل من شرك فى بدنة لان اراقه الدم مقصودة فى الاضحية والمنفرد يتقرب بإراقته كله ، والكبش أفضل الغنم لأنه أضحية النبي (ص) وهو اطيب لحما .

وذكر القاضي ان جذع الضأن افضل من ثنى المعز لذلك ، ولانه يروى عن النبى (ص) انه قال « نعم الاضحية الجـــذع من الضأن » . وهو حديث غريب ، ويحتمل ان الثنى افضل لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تذبحوا الا مسنة فإن عسر عليكم فاذبحوا الجذع من الضأن » رواه مسلم وابو داود ، وهذا يدل على فضل الثنى على الجذع لكونه جعل الثنى اصلا والجذع بدلا لا ينتقل اليه الا عند عدم الثنى .

(فصل) ويسن استسمان الاضحية واستحسانها لقول الله تعالى (ذلك ومن يعظم شعائر الله فإنها من تقوى القلوب) قال ابن عباس : تعظيمها استسمانها واستعظامها واستحسانها ، ولان ذلك اعظم لاجرها واكثر لنفعها ، والافضل فى الاضحية من الغنم فى لونها البياض لما روى عن مولاة ابى ورقة بن سعيد قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « دم عفراء ازكى عند الله من دم سوداوين »

رواه أحمد بمعناه ، وقال أبو هريرة « دم بيضاء أحب الى الله من دم سوداوين » ولأنه لون أضحية النبي صلى الله عليه وسلم ثم ما كان أحسن لونا فهو أفضل .

« مسألة » قال (ولا يجزىء إلا الجذع من الضأن والثنى من غيره)

وبهذا قال مالك والليث والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال ابن عمر والزهرى لايجزىء الجذع لأنه لايجزىء من غير الضأن فلا يجزىء منه كالحمل ، وعن عطاء والأوزاعي فلا يجزىء الجذع من جميع الأجناس لماروى مجاشع بن سليم قال : سمعت النبي (ص) يقول « إن الجذع يوفى مما يوفى منه الثنى » رواه أبو داود والنسائي .

ولنا على أن الجذع من الضأن يجزىء حديث مجاشع وأبي هريرة وغـيرهما وعلى أن الجذعة من غيرها لا تجزىء قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا تذبحوا إلا مسنة فإن عسر عليكم فاذبحوا الجذع من الضأن » .

وقال أبو بردة بن نيار . عندى جذعة أحب الى من شاتين فهل تجزىء عنى قال « نعم ولا تجزىء عن أحد بعدك » متفق عليه ، وحديثهم محمول على الجذع من الضأن لما ذكرنا ، قال ابراهيم الحربي إنما يجزىء الجذع من الضأن لأنه ينزو فيلقح فإذا كان من المعز لم يلقح حتى يكون ثنيا .

(فصل) ولا يجزىء فى الاضحية غير بهيمة الأنعام ، وان كان أحد أبويه وحشيا لم يجزىء أيضا ، وحكى عن الحسن بن صالح أن بقرة الوحش تجزىء عن سبعة والظبي عن واحد ، وقال أصحاب الرأى ولد البقرة الأنسية يجزىء ، وان كان أبوه وحشيا ، وقال أبو ثور : يجزىء إذا كان منسوبا الى بهيمة الأنعام .

ولنا قول الله تعـالى (ليذكروا اسم الله على ما رزقهم من بهيمة الأنعام) وهى الإبل والبقر والغنم وعلى أصحاب الرأى أنه متولد من بين ما يجزىء ومالا يجزىء فلم يجزىء كما لو كانت الأم وحشية .

« مسألة » قال (والجذع من الضأن ماله ستة أشهر ودخل فى السابع)

قال أبو القاسم : وسمعت أبي يقول سألت بعض أهل البادية كيف تعرفون

الضأن إذا أجذع ؟ قال : لا تزال الصوفة قائمة على ظهره ما دام حملا فإذا نامت الصوفة على ظهره علم أنه قد أجذع ؛ وثنى المعز اذا تمت له سنة ودخل فى الثانية والبقرة إذا صار لها سنتان ودخلت فى الثالثة ؛ والإبل إذا كمل لها خمس سنين ودخلت فى السادسة .

قال الاصمعى وأبو زياد الكلابى وأبو زيد الانصارى إذا مضت السنة الخامسة على البعير ودخل فى السادسة وألقى ثنيته فهو حينئذ ثنى ونرى إنما سمى ثنيا لانه ألقى ثنيته ، وأما البقرة فهى التى لها سنتان لان النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا تذبحوا الا مسنة » ومسنة البقر التى لها سنتان ، وقال وكيع الجذع من الضأن يكون ابن سبعة أو ستة أشهر .

« مسأله » قال (ويجتنب فى الضحايا العوراء البين عورها والعجفاء التى لا تنقى والعرجاء البين عرجها والمريضه التى لا يرجى برؤها والعضباء ، والعضب ذهاب أكثر من نصف الاذن أو القرن)

أما العيوب الاربعة الاول : فلا نعلم بين أهل العلم خلافا فى أنها تمنع الاجزاء لما روى البراء قال : قام فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « أربع لا تجوز فى الاضاحى . العوراء البين عورها ، والمريضة البين مرضها ، والعرجاء البين ضلعها والعجفاء التى لا تنقى » رواه أبو داود والنسائى .

ومعنى العوراء البين عورها التى قد انخسفت عينها وذهبت لأنها قد ذهبت عينها والعين عضو مستطاب فإن كان على عينها بياض ولم تذهب جازت التضحية بها لان عورها ليس ببين ولا ينقص ذلك لحمها ، والعجفاء المهزولة التى لا تنقى هى التى لا مخ لها فى عظامها لهزالها والنقى المخ قال الشاعر :

لا تشتكين عملا ما أنقين ما دام مخ فى سلامى أو عين

فهذه لا تجزىء لأنها لا لحم فيها انما هى عظام مجتمعة ، وأما العرجاء البين عرجها : فهى التى بها عرج فاحش وذلك يمنعها من اللحاق بالغنم فتسبقها الى الكلأ فيرعينه ولا تدركهن فينقص لحمها فإن كان عرجا يسيراً لا يفضى بها الى ذلك أجزأت .

وأما المريضة التي لا يرجى برؤها : فهي التي بها مرض قد يئس من زواله لأن ذلك ينقص لحمها وقيمتها نقصا كبيراً والذي في الحديث المريضة البين مرضها وهي التي يبين أثره عليها لأن ذلك ينقص لحمها ويفسده وهو أصح .

وذكر القاضي أن المراد بالمريضة الجرباء لأن الجرب يفسد اللحم ويهزل إذا كثر وهذا قول أصحاب الشافعي ، وهذا تقييد للمطلق وتخصيص للعموم بلا دليل فالمعنى يقتضي العموم كما يقتضيه اللفظ فإن كان المرض يفسد اللحم وينقصه فلا معنى للتخصيص مع عموم اللفظ والمعنى .

وأما العضب : فهو ذهاب أكثر من نصف الأذن أو القرن وذلك يمنع الإجزاء أيضا ، وبه قال النخعي وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة والشافعي تجزىء مكسورة القرن ، وروى نحو ذلك عن علي وعمار وابن المسيب والحسن ، وقال مالك إن كان قرنها يدمى لم يجز والا جاز .

وقال عطاء ومالك : اذا ذهبت الأذن كلها لم يجز وان ذهب يسير جاز ، واحتجوا بأن قول النبي صلى الله عليه وسلم « أربع لا تجوز في الاضاحي » يدل على أن غيره يجزىء ولأن في حديث البراء عن عبيد بن فيروز قال : قلت للبراء فإني أكره النقص من القرن ومن الذنب فقال اكره لنفسك ما شئت واياك أن تضيق على الناس ، ولان المقصود اللحم ولا يؤثر ذهاب ذلك فيه .

ولنا ما روى علي رضي الله عنه قال « نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يضحى بأعضب القرن والاذن » .

قال قتادة : فسألت سعيد بن المسيب فقال : نعم العضب النصف فأكثر من ذلك رواه الشافعي وابن ماجه وعن علي رضي الله عنه قال « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن » رواه أبو داود والنسائي ، وهذا منطوق يقدم على المفهوم .

(فصل) ولا تجزىء العمياء لأن النهي عن العوراء تنبيه على العمياء وان لم يكن عماها بينا لان العمى يمنع مشيها مع الغنم ، ومشاركتها في العلف ولا تجزىء ما قطع منها عضو كالالية والاطباء لان ابن عباس قال لاتجوز العجفاء ولا الجداء

قال أحمد : هي التي قد يبس ضرعها ولأن ذلك أبلغ في الاخلال بالمقصود من ذهاب شحمة العين .

(فصل) ويجزىء الخصي لأن النبي (ص) « ضحى بكبشين موجوءين » والوجأ رض الخصيتين وما قطعت خصيتاه أو شلتا فهو كالموجوء لأنه في معناه ولان الخصاء ذهاب عضو غير مستطاب يطيب اللحم بذهابه ويكثر ويسمن ، قال الشعبي ما زاد في لحمه وشحمه أكثر مما ذهب منه وبهذا قال الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي ولانعلم فيه مخالفاً

(فصل) وتجزىء الجماء وهي التي لم يخلق لها قرن والصمعاء وهي الصغيرة الاذن والبتراء وهي التي لا ذنب لها سواء كان خلقة أو مقطوعا وممن لم ير بأسا بالبتراء ابن عمر وسعيد بن المسيب والحسن وسعيد بن جبير والنخعي والحكم ، وكره الليث أن يضحي بالبتراء ما فوق القصبة .

وقال ابن حامد . لا تجوز التضحية بالجماء لان ذهاب أكثر من نصف القرن يمنع فذهاب جميعه أولى ولأن ما منع منه العور منع منه العمى وكذلك ما منع منه العضب يمنع منه كونه أجم أولى .

ولنا أن هذا نقص لاينقص اللحم ولا يخل بالمقصود ولم يرد به نهي فوجب أن يجزىء ، وفارق العضب فإن النهي عنه وارد وهو عيب فإنه ربما أدمى وآلم الشاة فيكون كمرضها ويقبح منظرها بخلاف الاجم فإنه حسن في الخلقة ليس بمرض ولا عيب الا أن الأفضل ما كان كامل الخلقة فإن النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبش أقرن فحيل وقال « خير الاضحية الكبش الاقرن » وأمر باستشراف العين والاذن .

(فصل) وتكره المشقوقة الاذن والمثقوبة وما قطع شيء منها لما روى عن علي رضي الله عنه قال « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والاذن ولا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا خرقاء ولا شرقاء » .

قال زهير قلت لابي اسحاق : ما المقابلة ؟ قال : تقطع طرف الاذن قلت : فما المدابرة ؟ قال تقطع من مؤخر الاذن ، قلت فما الخرقاء ؟ قال تشق الاذن ، قلت فما الشرقاء . قال تشق أذنها السمة ، رواه أبو داود والنسائي .

قال القاضي : الخرقاء التي انثقبت أذنها وهذا نهى تنزيه ويحصل الاجزاء بها ولا نعلم فيه خلافا ، ولان اشـتراط السلامة من ذلك يشق اذ لا يكاد يوجد سـالم من هـذا كله :

« مسألة » قال (ولو أوجبها سليمة فعابت عنده ذبحها وكانت أضحية) .

وجملته : أنه إذا أوجب أضحية صحيحة سليمة من العيوب ثم حدث بها عيب يمنع الاجزاء ذبحها وأجزأته ، روى هذا عن عطاء والحسن والنخعي والزهرى والثورى ومالك والشافعي وإسحاق .

وقال أصحـاب الرأى لا تجزئه لأن الأضحيه عندهم واجبة فلا يبرأ منها إلا باراقة دمها سليمة كما لو أوجبها فى ذمته ثم عينها فعابت .

ولنا ماروى أبو سعيد قال « ابتعنا كبشا نضحي به فأصاب الذئب من أليته فسألنا النبي صلى الله عليه وسلم فأمرنا أن نضحي به » رواه ابن ماجه ، ولأنه عيب حدث فى الاضحية الواجبة فلم يمنع الاجزاء كما لو حدث بها عيب بمعالجة الذبح ، ولا نسلم أنها واجبه فى الذمة وإنما تعلق الوجوب بعينها ، فأما : إن تعيبت بفعله فعليه بدلها، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة: إذا عالج ذبحها فقلعت السكين عينها أجزأت استحسانا .

ولنا : أنه عيب أحدثه بها قبل ذبحها فلم تجزئه كما لو كان قبل معالجة الذبح .

(فصل) وإن نذر أضحية فى ذمته ثم عينها فى شاة تعينت فإن عابت تلك الشاة قبل ذبحها لم تجزىء لان ذمته لا تبرأ إلا بذبح شاة سليمة كما لو نذر عتق رقبة أو كان عليه عتق رقبة فى كفارة فاشتراها ثم عابت عنده لم تجزئه ، وان قال لله على عتق هذا العبد فعاب أجزأ عنه .

(فصل) واذا أتلف الاضحية الواجبة فعليه قيمتها لانها من المتقومات وتعتبر القيمة يوم أتلفها فإن غلت الغنم فصار مثلهاخيراً من قيمتها فقال أبو الخطاب يلزمه مثلها لانه أكثر الامرين ولانه تعلق بها حق الله تعالى فى ذبحها فوجب عليه مثلها كما لو لم تتعيب بخلاف الآدمى وهذا مذهب الشافعي .

وظاهر قول القاضى انه لا يلزمه إلا القيمة يوم إتلافها ، وهو قول أبي حنيفة

لأنه إتلاف أوجب القيمة فلم يجب أكثر من القيمة يوم الاتلاف كما لو أتلفها أجنبي وكسائر المضمونات ، فإن رخصت الغنم فزادت قيمتها على مثلها ، مثل ان كانت قيمتها عند إتلافها عشرة فصارت قيمة مثلها خمسة فعليه عشرة وجها واحداً فإن شاء اشترى بها أضحية واحدة تساوى عشرة وإن شاء اشترى اثنتين وان شاء اشترى أضحيه واحدة فإن فضل من العشرة ما لا يجيء به أضحية اشترى به شركا فى بدنة ، فإن لم يتسع لذلك أو لم تمكنه المشاركة ففيه وجهان .

أحدهما . يشترى لحما ويتصدق به ، لأن الذبح وتفرقة اللحم مقصودان ، فإذا تعذر أحدهما وجب الآخر .

والثانى يتصدق بالفضل لأنه اذا لم يحصل له التقرب بإراقة الدم كان اللحم وثمنه سواء ، فإن كان المتلف أجنبيا فعليه قيمتها يوم أتلفها وجها واحداً ويلزمه دفعها إلى صاحبها ، فإن زاد على ثمن مثلها فحكمه حكم ما لو أتلفها صاحبها ، وان لم تبلغ القيمة ثمن أضحية فالحكم فيه على ما مضى فيما زاد على ثمن الأضحية فى حق المضحى ، فإن تلفت الاضحية فى يده بغير تفريط أو سرقت أو ضلت فلا شيء عليه لأنها أمانة فى يده فلم يضمنها إذا لم يفرط كالوديعة

(فصـــل)

وإن اشترى أضحية فلم يوجبها حتى علم بها عيبا فله ردها إن شاء ، وان شاء أخذ أرشها ، ثم ان كان عيبها يمنع اجزاءها لم يكن له التضحيه بها ، والا فله أن يضحى بها والأرش له .

وان أوجبها ثم علم أنها معيبه فذكر القاضى انه مخير بين ردها وأخذ أرشها فإن أخذ أرشها فحكمه حكم الزائد عن قيمة الاضحيه على ما ذكرناه ، ويحتمل أن يكون الارش له لأن ايجابها انما صادفها بدون هذا الذى أخذ أرشه فلم يتعلق الايجاب بالأرش ولا ببدله ، فاشبه ما لو تصدق بها ثم أخذ أرشها ، وعلى قول أبي الخطاب لايملك ردها لانه قد زال ملكه عنها بإيجابها فأشبه ما لو اشترى عبداً معيبا فأعتقه ثم علم عيبه ، وهذا مذهب الشافعى ، فعلى هذا يتعين أخذ الارش ، وفى كون الارش للمشترى ووجوبه فى التضحية وجهان ، ثم ننظر فإن كان عيبها لا يمنع

اجزا ها فقد صح إيجابها والتضحية بها ، وإن كان عيبها يمنع إجزاءها فحكمه حكم ما لو أوجبها عالما بعيبها على ما سنذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى

« مسأله » قال (وان ولدت ذبح ولدها معها)

وجملته أنه اذا عين أضحية فولدت فولدها تابع لها حكمه حكمها ، سواء كان حملا حين التعيين أو حدث بعده ، وبهذا قال الشافعى ، وعن ابى حنيفة لا يذبحه ويدفعه الى المساكين حيا ، وان ذبحه دفعه اليهم مذبوحا وأرش ما نقصه الذبح لأنه من نمائها ولزمه دفعه اليهم على صفته كصوفها وشعرها

ولنا أن استحقاق ولدها حكم يثبت للولد بطريق السراية من الأم فيثبت له ما يثبت لها كولد أم الولد والمدبرة .

اذا ثبت هذا فانه يذبحه كما يذبحها لأنه صار أضحية على وجه التبع لأمه ولا يجوز ذبحه قبل يوم النحر ولا تأخيره عن أيامه كأمه .

وقد روى عن على رضى الله عنه أن رجلا سأله فقال : يا أمير المؤمنين ، انى اشتريت هذه البقرة لأضحى بها وانها وضعت هذا العجل ؛ فقال على لا تحلبها إلا فضلا عن تيسير ولدها فاذا كان يوم الاضحى فاذبحها وولدها عن سبعة ، رواه سعيد بن منصور عن أبى الأحوص عن زهير العبسى عن المغيرة بن حذف عن على

(فصل) ولا يشرب من لبنها الا الفاضل عن ولدها فان لم يفضل عنه شيء أو كان الحلب يضر بها أو ينقص لحمها لم يكن له أخذه ، وان لم يكن كذلك فله أخذه والانتفاع به وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة لا يحلبها ويرش على الضرع الماء حتى ينقطع اللبن فان احتلبها تصدق به لأن اللبن متولد من الاضحية الواجبة فلم يجز للمضحى الانتفاع به كالولد .

ولنا قول على رضى الله عنه لا يحلبها الا فضلا عن تيسير ولدها ولأنه انتفاع لا يضرها فأشبه الركوب ، ويفارق الولد فانه يمكن ايصاله الى محله . أما اللبن فإن حلبه وتركه فسد وان لم يحلبه تعقد الضرع وأضر بها فجوز له شربه ، وان تصدق به كان أفضل ، وان احتلب ما يضر بها أو بولدها لم يجز له وعليه أن يتصدق به ، فإن قيل فصوفها وشعرها ووبرها اذا جزه تصدق به ولم ينتفع به فلم

أجزتم له الانتفاع باللبن ، قلنا الفرق بينهما من وجهين . أحدهما أن لبنها يتولد من غذائها وعلفها وهو القائم به فجاز صرفه اليه ، كما أن المرتهن اذا علف الرهن كان له أن يحلب ويركب ، وليس له أن يأخذ الصوف ولا الشعر

الثانى أن الصوف والشعر ينتفع به على الدوام فجرى مجرى جلدها وأجزائها واللبن يشرب ويؤكل شيئا فشيئا فجرى مجرى منافعها وركوبها ، ولأن اللبن يتجدد كل يوم ، والصوف والشعر عين موجودة دائمة فى جميع الحول .

(فصل) وأما صوفها فان كان جزه أنفع لها ، مثل أن ان يكون فى زمن الربيع تخف بجزه وتسمن جاز جزه ويتصدق به ، وان كان لا يضر بها لقرب مدة الذبح أو كان بقاؤه أنفع لها لكونه يقيها الحر والبرد لم يجز له أخذه كما انه ليس له أخذ بعض اجزائها .

« مسألة » قال (وايجابها ان يقول هى اضحية)

وجملة ذلك ان الذى تجب به الاضحية وتتعين به هو القول دون النية ، وهذا منصوص الشافعى . وقال مالك وابو حنيفة : اذا اشترى شاة او غيرها بنية الأضحية صارت أضحية لانه مأمور بشراء أضحية ، فاذا اشتراها بالنية وقعت عنها كالوكيل .

ولنا انه ازالة ملك على وجه القربة فلا تؤثر فيه النية المقارنة للشراء كالعتق والوقف ، ويفارق البيع فانه لا يمكنه جعله لموكله بعد ايقاعه ، وههنا بعد الشراء يمكنه جعلها اضحية ، فأما اذا قال هذه اضحية صارت واجبة كما يعتق العبد بقول سيده هذا حر ، ولو انه قلدها او اشعرها ينوى به جعلها اضحية لم تصر اضحية حتى ينطق به لما ذكرنا .

« مسألة » قال (ولو اوجبها ناقصة ذبحها ولم تجزئه)

يعنى اذا كانت ناقصة نقصا يمنع الاجزاء فأوجبها وجب عليه ذبحها ، لأن ايجابها كالنذر لذبحها فيلزمه الوفاء به ، ولأن ايجابها كنذر هدى من غير بهيمة الأنعام فانه يلزمه الوفاء به ولا يجزئه عن الاضحية الشرعية ولا تكون اضحية لقول النبى صلى الله عليه وسلم « اربع لا تجزىء فى الاضاحى » ولكنه يذبحها

ويثاب على ما يتصدق به منها كما يثاب على الصدقة بما لا يصلح أن يكون هديا وكما لو أعتق عن كفارته عبداً لا يجزىء في الكفارة إلا أنه ههنا لا يلزمه بدلها لأن الأضحية في الأصل غير واجبة ولم يوجد منه مايوجبها ، وان كانت الأضحية واجبة عليه مثل من نذر أضحية في ذمته أو أتلف أضحيته التي أوجبها لم تجزئه هذه عما في ذمته ، فان زال عيبها كأن كانت عجفاء فزال عجفها أو مريضة فبرأت أو عرجاء فزال عرجها فقال القاضي قياس المذهب أنها تجزىء .

وقال أصحاب الشافعي لا تجزىء لأن الاعتبار بحال إيجابها ولأن الزيادة فيها كانت للمساكين كما أن نقصها بعد ايجابها عليهم لا يمنع من كونها أضحية . ولنا أن هذه أضحية يجزىء مثلها فيجزىء كما لو لم يوجبها الا بعد زوال عينها .

« مسألة » قال (ولا تباع أضحية الميت في دينه ويأكلها ورثته)

يعني اذا أوجب أضحية ثم مات لم يجز بيعها وان كان على الميت دين لا وفاء له وبهذا قال أبو ثور ويشبه مذهب الشافعي ، وقال الأوزاعي : ان ترك دينا لا وفاء له الا منها بيعت فيه .

وقال مالك : ان تشاجر الورثة فيها باعوها . ولنا أنه تعين ذبحها فلم يصح بيعها في دينه كما لو كان حيا ، اذا ثبت هذا : فإن ورثته يقومون مقامه في الأكل والصدقة والهدية لانهم يقومون مقام موروثهم فيما له وعليه .

(فصل) واختلفت الرواية هل تجوز التضحية عن اليتيم من ماله ؟ فروى أنه ليس للولي ذلك لانه اخراج شيء من ماله بغير عوض فلم يجز كالصدقة والهدية وهذا مذهب الشافعي ، وروى أن للولي أن يضحي عنه اذا كان موسراً ، وهذا قول أبي حنيفة ومالك .

وقال مالك : اذا كان له ثلاثون ديناراً يضحي عنه بالشاة بنصف دينار لانه اخراج مال يتعلق بيوم العيد فجاز اخراجه من مال اليتيم كصدقة الفطر فعلى هذا يكون اخراجها من ماله على سبيل التوسعة عليه والتطييب لقلبه واشراكه لامثاله في مثل هذا اليوم كما يشترى له الثياب الرفيعة للتجمل والطعام الطيب ويوسع عليه في النفقة ؛ وان لم يجب ذلك .

ويحتمل أن يحمل كلام أحمد فى الروايتين على حالين فالموضع الذى منع التضحية اذا كان اليتيم طفلا لا يعقل التضحية ولا يفرح بها ولا ينكسر قلبه بتركها لعدم الفائدة فيها فيحصل إخراج ثمنها تضييع مال لا فائدة فيه والموضع الذى أجازها إذا كان اليتيم يعقلها وينجبر قلبه بها وينكسر بتركها لحصول الفائدة منها والضرر بتفويتها .

واستدل أبو الخطاب بقول أحمد : يضحى عنه — على وجوب الأضحية والصحيح إن شاء الله تعالى ماذكرناه وعلى كل حال متى ضحى عن اليتيم لم يتصدق بشىء منها ويوفرها لنفسه لأنه لا يجوز الصدقة بشىء من مال اليتيم تطوعا .

« مسألة » قال (والاستحباب أن يأكل ثلث أضحيته ويهدى ثلثها ويتصدق بثلثها ولو أكل أكثر جاز)

قال أحمد نحن نذهب الى حديث عبد الله ، يأكل هو الثلث ويطعم من أراد الثلث ويتصدق على المساكين بالثلث .

قال علقمة بعث معى عبد الله بهدية فأمرنى أن آكل ثلثا وأن أرسل الى أهل أخيه عتبة بثلث وأن أتصدق بثلث ، وعن ابن عمر قال الضحايا والهدايا ثلث لك وثلث لأهلك وثلث للمساكين ، وهذا قول إسحاق وأحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر يجعلها نصفين يأكل نصفا ويتصدق بنصف لقول الله تعالى (فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير) .

وقال أصحاب الرأى ما كثر من الصدقة فهو أفضل لأن النبى صلى الله عليه وسلم أهدى مائة بدنة وأمر من كل بدنة ببضعة فجعلت فى قدر فأكل هو وعلى من لحمها وحسيا من مرقها ونحر خمس بدنات أو ست بدنات وقال « من شاء فليقتطع ولم يأكل منهن شيئا » .

ولنا ما روى عن ابن عباس فى صفة أضحية النبى صلى الله عليه وسلم قال « ويطعم أهل بيته الثلث ويطعم فقراء جيرانه الثلث ويتصدق على السؤال بالثلث » رواه الحافظ أبو موسى الأصفهانى فى الوظائف : وقال حديث حسن ولأنه قول ابن مسعود وابن عمر ولم نعرف لهما مخالفا فى الصحابة فكان اجماعا ولأن الله تعالى

قال (فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر) والقانع السائل : يقال قنع قنوعا اذا سأل وقنع قناعة اذا رضي قال الشاعر :

لمـــال المرء يصلحه فيغني مفاقره أعف من القنوع

والمعتر الذي يعتريك أي يتعرض لك لتطعمه فلا يسأل ، فذكر ثلاثة أصناف فينبغي أن يقسم بينهم أثلاثا ؛ وأما الآية التي احتج بها أصحاب الشافعي فإن الله تعالى لم يبين قدر المأكول منها والمتصدق به وقد نبه عليه في آيتنا وفسره النبي (ص) بفعله وابن عمر بقوله وابن مسعود بأمره .

وأما خبر أصحاب الرأي فهو في الهدي والهدي يكثر فلا يتمكن الإنسان من قسمه وأخذ ثلثه فتتعين الصدقة بها والأمر في هذا واسع فلو تصدق بها كلها أو بأكثرها جاز ، وان أكلها كلها الا أوقية تصدق بها جاز ، وقال أصحاب الشافعي يجوز أكلها كلها .

ولنا أن الله تعالى قال (فكلوا منها وأطعموا القانع والمعتر) وقال (وأطعموا البائس الفقير) والأمر يقتضي الوجوب ، وقال بعض أهل العلم يجب الأكل منها ولا تجوز الصدقة بجميعها للأمر بالأكل منها .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نحر خمس بدنات ولم يأكل منهن شيئا وقال « من شاء فليقتطع » ولأنها ذبيحة يتقرب الى الله تعالى بها فلم يجب الأكل منها كالعقيقة والامر للاستحباب أو للاباحة كالامر بالاكل من الثمار والزرع والنظر اليها

﴿ فصـــل ﴾

ويجوز ادخار لحوم الاضاحي فوق ثلاث في قول عامة أهل العلم ولم يجزه علي ولا ابن عمر رضي الله عنهما لان النبي صلى الله عليه وسـلم نهى عن ادخار لحوم الاضاحي فوق ثلاث .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « كنت نهيتكم عن ادخار لحوم الاضاحي فوق ثلاث فامسكوا ما بدا لكم » رواه مسلم ، وروت عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسـلم قال « انما نهيتكم للدافة التي دفت فكلوا وتزودوا وتصدقوا وادخروا » .

وقال أحمد فيه أسانيد صحاح ، فأما على وابن عمر فلم يبلغهما ترخيص رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد كانوا سمعوا النهى فرووا على ما سمعوا .

(فصـــل) ويجوز أن يطعم منها كافراً ، وبهذا قال الحسن وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال مالك غيرهم أحب الينا وكره مالك والليث اعطاء النصرانى جلد الأضحية .

ولنا أنه طعام له أكله فجاز إطعامه للذمى كسائر طعامه ولأنه صدقة تطوع فجاز إطعامها الذمى والأسـير كسائر صدقه التطوع ، فأما الصدقة الواجبة منها فلا يجزىء دفعها الى كافر لأنها صدقة واجبة فأشبهت الذكاة وكفارة اليمين .

« مسألة » قال (ولا يعطى الجازر بأجرته شيئا منها)

وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى ، ورخص الحسن وعبد الله بن عبيد بن عمير فى إعطائه الجلد .

ولنا ما روى على رضى الله عنه قال : أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسـلم أن أقوم على بدنه وأن أقسم جلودها وجلالها وأن لا اعطى الجازر شيئا منها ، وقال « نحن نعطيه من عندنا » متفق عليه ، ولان مايدفعه الى الجزار اجرة عوض عن عمله وجزارته ولا تجوز المعاوضة بشىء منها ، فأما ان دفع اليه لفقره او على سبيل الهدية فلا بأس لأنه مستحق للأخذ فهو كغيره بل هو اولى لأنه باشرها وتاقت نفسه اليها .

« مسألة » قال (وله ان ينتفع بجلدها ولا يجوز ان يبيعه ولا شيئا منها)

وجملة ذلك انه لا يجوز بيع شىء من الأضحية لا لحمها ولا جلدها . واجبة كانت او تطوعا لأنها تعينت بالذبح ، قال احمد : لا يبيعها ولا يبيع شيئا منها ، وقال : سبحان الله ، كيف يبيعها وقد جعلها لله تبارك وتعالى ؟ وقال الميمونى : قالوا لابى عبد الله فجلد الاضحية يعطاه السلاخ ؟ قال : لا . وحكى قول النبى صلى الله عليه وســلم : لا يعطى الجازر فى جزارتها شيئا منها ، ثم قال بإسناده جيد ، وبهذا قال أبو هريرة ، وهو مذهب الشافعى ، ورخص الحسن والنخعى فى الجلد أن يبيعه ويشترى به الغربال والمنخل وآلة البيت .

وروى نحو هذا عن الاوزاعي لانه ينتفع به هو وغيره فجرى مجرى تفريق اللحم ، وقال أبو حنيفة . يبيع ما شاء منها ويتصدق بثمنه ، وروى عن ابن عمر : أنه يبيع الجلد ويصدق بثمنه ، وحكاه ابن المنذر عن أحمد وإسحاق .

ولنا أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقسم جلودها وجلالها ونهيه أن يعطى الجازر شيئا منها . ولانه جعله لله تعالى فلم يجز بيعه كالوقف ، وما ذكروه فى شراء آلة البيت يبطل باللحم لا يجوز بيعه بآلة البيت وان كان ينتفع به، فأماجواز الانتفاع بجلودها وجلالها فلا خلاف فيه لانه جزء منها فجاز للمضحى الانتفاع به كاللحم وكان علقمه ومسروق يدبغان جلد أضحيتهما ويصليان عليه .

وروت عائشة قالت : قلت يا رسول الله ، قد كانوا ينتفعون من ضحاياهم يجملون منها الودك ويتخذون منها الاسقية ، قال « وماذاك ؟ » قالت : نهيت عن إمساك لحوم الاضاحى فوق ثلاث قال «إنما نهيتكم للدافه التى دفت فكلوا وتزودوا وتصدقوا » حديث صحيح رواه مالك عن عبد الله بن أبى بكر عن عمرة عن عائشة رضى الله عنها ولانه انتفاع به فجاز كلحمها .

« مسألة » قال (ويجوز أن يبدل الاضحية اذا أوجبها بخير منها)

هذا المنصوص عن أحمد وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة ومالك وأبو حنيفة ومحمد بن الحسن، واختار أبو الخطاب انه لا يجوز بيعها ولا إبدالها لان أحمد نص فى الهدى إذا عطب أنه يجزىء عنه وفى الاضحية إذا هلكت أو ذبحها فسرقت لا بدل عليه ولو كان ملكه مازال عنها لزمه بدلها فى هذه المسائل ، وهذا مذهب أبى يوسف والشافعى وأبى ثور لانه قد جعلها لله تعالى فلم يملك التصرف فيها بالبيع والإبدال كالوقف .

ولنا ما روى « أن النبي صلى الله عليه وسلم ساق مائة بدنة فى حجته وقدم على من اليمن فأشركه فيها » . رواه مسلم . وهذا نوع من الهبة أو بيع ولانه عدل عن عين وجبت لحق الله تعالى الى خير منها من جنسها فجاز كما لو وجبت عليه بنت لبون فأخرج حقة فى الزكاة ، فأما بيعها فظاهر كلام الخرقى أنه لا يجوز .

وقال القاضى : يجوز أن يبيعها ويشترى خيراً منها وهو قول عطاء ومجاهد

وأبي حنيفة لما ذكرنا من حديث بدن النبي صلى الله عليه وسلم وإشراكه فيها ، ولأن ملكه لم يزل عنها بدليل جواز إبدالها ، ولأنها عين يجوز إبدالها لجاز بيعها كما قبل إيجابها .

ولنا أنه جعلها لله تعالى فلم يجز بيعها كالوقف وانما جاز ابدالها بجنسها لأنه لم يزل الحق فيها عن جنسها ؛ وانما انتقل الى خير منها فكأنه فى المعنى ضم زيادة اليها ، وقد جاز ابدال المصحف ولم يجز بيعه .

وأما حديث النبي صلى الله عليه وسلم فالظاهر أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يبعها وانما شرك عليا فى ثوابها وأجرها ، ويحتمل أن ذلك كان قبل ايجابها ، وقول الخرقى : بخير منها يدل على أنه لا يجوز بدونها ، ولا خلاف فى هذا لأنه تفويت جزء منها فلم يجز كإتلافه ، وأنه لا يجوز بمثلها لعدم الفائدة فى هذا ، وقال القاضى فى ابدالها بمثلها احتمالان .

أحدهما جوازه لأنه لا ينقص مما وجب عليه شيء

ولنا انه يغير ما أوجبه لغير فائدة فلم يجز كابداله بما دونها

« مسألة » قال ﴿ واذا مضى من نهار يوم الاضحى مقدار صلاة العيد وخطبته فقد حل الذبح الى آخر يومين من أيام التشريق نهارا ولا يجوز ليلا ﴾

الكلام فى وقت الذبح فى ثلاثة أشياء: أوله وآخره وعموم وقته أو خصوصه أما أوله فظاهر كلام الخرقى انه اذا مضى من نهار يوم العيد قدر تحل فيه الصلاة وقدر الصلاة والخطبتين تامتين فى أخف ما يكون فقد حل وقت الذبح ولا يعتبر نفس الصلاة ، لا فرق فى هذا بين أهل المصر وغيرهم وهذا مذهب الشافعى وابن المنذر ، وظاهر كلام احمد أن من شرط جواز التضحيه فى حق أهل المصر صلاة الإمام وخطبته .

وروى نحو هذا عن الحسن والأوزاعى ومالك وابى حنيفة واسحاق لما روى جندب بن عبد الله البجلى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من ذبح قبل أن يصلى فليعد مكانها أخرى »

وعن البراء قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من صلى صلاتنا ونسك نسكنا فقد أصاب النسك ومن ذبح قبل ان يصلى فليعد مكانها أخرى » متفق عليه

وفى لفظ قال « ان أول نسكنا فى يومنا هذا الصلاة ثم الذبح ، فمن ذبح قبل الصلاة فتلك شاة لحم قدمها لأهله ليس من النسك فى شيء » وظاهر هذا اعتبار نفس الصلاة .

وقال عطاء وقتها اذا طلعت الشمس لأنها عبادة يتعلق آخرها بالوقت فتعلق أولها بالوقت كالصيام ، وهذا وجه قول الخرقى ومن وافقه ، والصحيح ان شاء الله تعالى أن وقتها فى الموضع الذى يصلى فيه بعد الصلاة لظاهر الخبر والعمل بظاهره أولى : فأما غير أهل الامصار والقرى فأول وقتها فى حقهم قدر الصلاة والخطبة بعد الصلاة ، لأنه لا صلاة فى حقهم تعتبر فوجب الاعتبار بقدرها ، وقال ابو حنيفة : أول وقتها فى حقهم اذا طلع الفجر الثانى لأنه من يوم النحر فكان وقتها منه كسائر اليوم .

ولنا أنها عبادة وقتها فى حق أهل المصر بعد اشراق الشمس فلا تتقدم وقتها فى حق غيرهم كصلاة العيد ، وما ذكروه يبطل بأهل الامصار فإن لم يصل الامام فى المصر لم يجز الذبح حتى تزول الشمس لأنها حينئذ تسقط فكأنه قد صلى وسواء ترك الصلاة عمداً أو غير عمد لعذر أو غيره

فأما الذبح فى اليوم الثانى فهو فى أول النهار لان الصلاة فيه غير واجبة ، ولان الوقت قد دخل فى اليوم الاول وهذا من أثنائه فلا تعتبر فيه صلاة ولا غيرها ، وان صلى الامام فى المصلى واستخلف من صلى فى المسجد فمتى صلوا فى أحد الموضعين جاز الذبح لوجود الصلاة التى يسقط بها الفرض عن سائر الناس ، فإن ذبح بعد الصلاة قبل الخطبة أجزأ فى ظاهر كلام احمد لان النبى صلى الله عليه وسلم علق المنع على فعل الصلاة فلا يتعلق بغيره ، ولأن الخطبة غير واجبة ، وهذا قول الثورى .

الثانى : آخر الوقت ، وآخره آخر اليوم الثانى من أيام التشريق فتكون أيام النحر ثلاثة: يوم العيد ويومان بعده ، وهذا قول عمر وعلى وابن عمر وابن عباس وأبى هريرة وأنس . قال احمد : أيام النحر ثلاثة عن غير واحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وفى رواية قال : خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يذكر أنسا ، وهو قول مالك والثورى وابى حنيفة .

وروى عن علي «آخره آخر أيام التشريق» وهو مذهب الشافعي وقول عطاء والحسن لأنه روى عن جبير بن مطعم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «أيام منى كلها منحر» ولأنها أيام تكبير وإفطار فكانت محلا للنحر كالأولين ، وقال ابن سيرين لا تجوز إلا في يوم النحر خاصة لأنها وظيفة عيد فلا تجوز إلا في يوم واحد كأداء الفطرة يوم الفطر

وقال سعيد بن جبير وجابر بن زيد كقول ابن سيرين في أهل الامصار وقولنا في أهل منى . وعن أبي سلمة بن عبد الرحمن وعطاء بن يسار . تجوز التضحية الى هلال المحرم . وقال أبو أمامة بن سهل بن حنيف : كان الرجل من المسلمين يشترى أضحيته فيسمنها حتى يكون آخر ذي الحجة فيضحى بها ، رواه الامام أحمد باسناده وقال هذا الحديث عجيب ، وقال أيام الأضحى التي أجمع عليها ثلاثة أيام .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ادخار لحوم الأضاحي فوق ثلاث ولا يجوز الذبح في وقت لا يجوز ادخار الاضحية اليـــه ، ولان اليوم الرابع لا يجب الرمي فيه فلم تجز التضحية فيه كالذي بعده ، ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم إلا رواية عن علي ، وقد روى عنه مثل مذهبنا ، وحديثهم إنما هو «ومنى كلها منحر» ليس فيه ذكر الايام ، والتكبير أعم من الذبح ، وكذلك الافطار بدليل أول يوم النحر ويوم عرفة يوم تكبير ولا يجوز الذبح فيه

الثالث في زمن الذبح ، وهو النهار دون الليل ، نص عليه أحمد في رواية الاثرم وهو قول مالك ، وروى عن عطاء ما يدل عليه

وحكى عن أحمد رواية أخرى أن الذبح يجوز ليلا ، وهو اختيار أصحابنا المتأخرين ، وقول الشافعي وإسحاق وأبي حنيفة وأصحابه ، لأن الليل زمن يصح فيه الرمي فأشبه النهار .

ووجه قول الخرقي قول الله تعالى (ليذكروا اسم الله في أيام معلومات على ما رزقهم من بهيمة الانعام) وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم «أنه نهى عن الذبح بالليل» ولانه ليل يوم يجوز الذبح فيه فأشبه ليلة يوم النحر ، ولان الليل تتعذر فيه تفرقة اللحم في الغالب فلا يفرق طرياً فيفوت بعض المقصود ، ولهذا

قالوا يكره الذبح فيه ، فعلى هذا ان ذبح ليلا لم يجزئه عن الواجب وان كان تطوعا فذبحها كانت شاة لحم ولم تكن أضحية فإن فرقها حصلت القربة بتفريقها دون ذبحها

(فصل) اذا فات وقت الذبح ذبح الواجب قضاء وصنع به ما يصنع بالمذبوح في وقته وهو مخير في التطوع فإن فرق لحمها كانت القربة بذلك دون الذبح لأنها شاة لحم وليست أضحية ، وبهذا قال الشافعي

وقال أبو حنيفة : يسلمها الى الفقراء ولا يذبحها ، فإن ذبحها فرق لحمها وعليه أرش ما نقصها الذبح ، لان الذبح قد سقط بفوات وقته .

ولنا أن الذبح أحد مقصودي الاضحية فلا يسقط بفوات وقته كتفرقة اللحم وذلك أنه لو ذبحها في الايام ثم خرجت قبل تفريقها فرقها بعد ذلك ، ويفارق الوقوف والرمي . ولان الاضحية لا تسقط بفواتها بخلاف ذلك .

فصل

واذا وجبت الاضحية بإيجابه لها فضلت أو سرقت بغير تفريط منه فلا ضمان عليه لانها أمانة في يده فإن عادت اليه ذبحها سواء كان في زمن الذبح أو فيما بعده على ما ذكرناه

« مسألة » قال (وان ذبح قبل ذلك لم يجزئه ولزمه البدل)

وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم من ذبح قبل ان يصلي فليعد مكانها أخرى ، ولانها نسيكة واجبة ذبحها قبل وقتها فلزمه بدلها كالهدي اذا ذبحه قبل محله ، ويجب أن يكون بدلها مثلها أو خيراً منها لان ذبحها قبل محلها اتلاف لها ، وكلام الخرقي ومن أطلق من أصحابنا محمول على الاضحية الواجبة بنذر أو تعيين ، فإن كانت غير واجبة بواحد من الامرين فهي شاة لحم ولا بدل عليه الا أن يشاء ، لانه قصد التطوع فأفسده فلم يجب عليه بدله ، كما لو خرج بصدقة تطوع فدفعها الى غير مستحقها ، والحديث يحمل على أحد أمرين اما الندب واما على التخصيص بمن وجبت عليه بدليل ماذكرنا ، فأما الشاة المذبوحة فهي شاة لحم كما وصفها النبي (ص) ومعناه يصنع بها ما شاء كشاة ذبحها للحمها لا لغير ذلك فإن هذه ان كانت واجبة فقد لزمه ابدالها وذبح ما يقوم مقامها ، فخرجت هذه عن

كونها واجبة كالهدى الواجب اذا عطب دون محله وأن كان تطوعا فقد أخرجها بذبحه إياها قبل محلها عن القربة فبقيت مجرد شاة لحم .

ويحتمل أن يكون حكمها حكم الأضحية كالهدى إذا عطب لا يخرج عن حكم الهدى على رواية ويكون معنى قوله « شاة لحم » أى فى فضلها وثوابها خاصة دون ما يصنع بها .

« مسألة » قال (ولا يستحب أن يذبحها إلا مسلم وإن ذبحها بيده كان أفضل)

وجملته : أنه يستحب أن لا يذبح الاضحية إلا مسلم لانها قربة فلا يليها غير أهل القربة وإن استناب ذميا فى ذبحها جاز مع الكراهة . وهذا قول الشافعى وأبى ثور وابن المنذر

وحكى عن أحمد: لا يجوز أن يذبحها إلا مسلم وهذا قول مالك، وممن كره ذلك على وابن عباس وجابر رضى الله عنهم ، وبه قال الحسن وابن سيرين وقال جابر لا يذبح النسك إلا مسلم لما روى فى حديث ابن عباس الطويل عن النبي صلى الله عليه وسلم « ولا يذبح ضحاياكم إلا طاهر » ولان الشحوم تحرم علينا مما يذبحونه على رواية فيكون ذلك بمنزلة إتلافه .

ولنا أن من جاز له ذبح غير الاضحية جاز له ذبح الاضحية كالمسلم ويجوز أن يتولى الكافر ما كان قربة للمسلم كبناء المساجد والقناطر . ولا نسلم تحريم الشحوم علينا بذبحهم ، والحديث محمول على الاستحباب ، والمستحب أن يذبحها المسلم ليخرج من الخلاف وان ذبحها بيده كان أفضل لان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أقرنين أملحين ذبحهما بيده وسمى وكبر ووضع رجله على صفاحهما ونحر البدنات الست بيده ونحر من البدن التى ساقها فى حجته ثلاثا وستين بدنة بيده ولان فعله قربة وفعل القربة أولى من استنابته فيها فإن استناب فيها جاز لان النبي صلى الله عليه وسلم استناب من نحر باقى بدنه بعد ثلاث وستين وهذا لا شك فيه

ويستحب أن يحضر ذبحها لان فى حديث ابن عباس الطويل « واحضروها إذا ذبحتم فانه يغفر لكم عند أول قطرة من دمها» وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم

قال لفاطمة « احضرى اضحيتك يغفر لك بأول قطرة من دمها »

« مسألة » قال (ويقول عند الذبح : بسم الله والله أكبر وإن نسى فلا يضره)

ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا ذبح قال بسم الله والله أكبر ، وفى حديث أنس سمى وكبر ، وكذلك كان يقول ابن عمر وبه يقول أصحاب الرأى ولا نعلم فى استحباب هذا خلافا ولا فى أن التسمية مجزئة ، وان نسى التسمية أجزأه على ما ذكرنا فى الذبائح ، وان زاد فقال . اللهم هذا منك ولك اللهم تقبل منى أو من فلان فحسن وبه قال أكثر اهل العلم . وقال أبو حنيفة : يكره أن يذكر اسم غير الله لقول الله تعالى (وما أهل لغير الله به)

ولنا : ان النبي صلى الله عليه وسلم أتى بكبش له ليذبحه فأضجعه ثم قال « اللهم تقبل من محمد وآل محمد وأمة محمد ثم ضحى » رواه مسلم ، وفى حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اللهم منك ولك عن محمد وأمته، بسم الله والله أكبر ثم ذبح » وهذا نص لا يعرج على خلافه

« مسألة » قال (وليس عليه ان يقول عند الذبح عمن لأن النية تجزىء)

لا اعلم خلافا فى ان النية تجزىء وان ذكر من يضحى عنه فحسن لما روينا من الحديث ، قال الحسن : يقول بسم الله والله اكبر هذا منك ولك تقبل من فلان ، وكره اهل الرأى هذا وقد ذكرناه فى التى قبلها .

(فصل) وان عين اضحية فذبحها غيره بغير اذنه اجزأت عن صاحبها ولا ضمان على ذابحها وبهذا قال ابو حنيفة وقال مالك : هى شاة لحم لصاحبها ارشها وعليه بدلها لان الذبح عبادة فاذا فعلها غير صاحبها عنه بغير اذنه لم تقع الموقع كالزكاة، وقال الشافعى تجزىء عن صاحبها وله على ذابحها ارش مابين قيمتها صحيحة ومذبوحة لان الذبح احد مقصودى الهدى فاذا فعله فاعل بغير اذن المضحى ضمنه كتفرقة اللحم

ولنا : على مالك انه فعل لا يفتقر الى النية فاذا فعله غير الصاحب اجزأ عنه كغسل ثوبه من النجاسة، وعلى الشافعى انها اضحية اجزأت عن صاحبها ووقعت موقعها فلم يضمن ذابحها كما لو كان بإذن ، ولانه اراقة دم تعين اراقته لحق الله

تعالى فلم يضمن مريقه كقاتل المرتد بغير إذن الامام ، ولأن الأرش لو وجب فإنما يجب ما بين كونها مستحقة الذبح فى هذه الايام متعينه له وما بين كونها مذبوحة ولا قيمة لهذه الحياة ولا تفاوت بين القيمتين فتعذر وجود الارش ووجوبه ، ولانه لو وجب الارش لم يخل إما أن يجب للمضحى أو للفقراء ، لا جائز أن يجب للفقراء لانهم إنما يستحقونها مذبوحة ولو دفعها إليهم فى الحياة لم يجز ، ولا جائز ان يجب له لانه لا يجوز أن يأخذ بدل شيء منها كعضو من أعضائها ، ولانهم وافقونا فى ان الارس لايدفع اليه فيتعذر إيجابه لعدم مستحقه

(فصل)

وإن نذر أضحية فى ذمته ثم ذبحها فله ان يأكل منها ، وقال القاضي : من أصحابنا من منع الاكل منها ، وهو ظاهر كلام احمد وبناه على الهدى المنذور

ولنا أن النذر محمول على المعهود ، والمعهود من الاضحية الشرعية ذبحها والاكل منها والنذر لايغير من صفة المنذور إلا الايجاب وفارق الهدى الواجب بأصل الشرع لا يجوز الاكل منه فالمنذور محمول عليه بخلاف الاضحية

(فصل) ولا يضحى عما فى البطن ، وروى ذلك عن ابن عمر وبه قال الشافعي وابو ثور وابن المنذر ولا نعلم مخالفا لهم ، وليس للعبد والمدبر والمكاتب وأم الولد أن يضحوا الا بإذن سادتهم لانهم ممنوعون من التصرف بغير اذنهم الا المكاتب فإنه ممنوع من التبرع ، والاضحية تبرع وأما من نصفه حر اذا ملك بجزئه الحر شيئا فله أن يضحى بغير اذن سيده لان له ان يتبرع بغير اذنه

« مسألة » قال (ويجوز أن يشترك السبعة فيضحوا بالبدنة والبقرة)

وجملته أنه يجوز ان يشترك فى التضحية بالبدنة والبقرة سبعة ، واجبا كان أو تطوعاً ، سواء كانوا كلهم متقربين أو يريد بعضهم القربة وبعضهم اللحم ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك لا يجوز الاشتراك فى الهدى . وقال ابو حنيفة : يجوز للمتقربين ، ولا يجوز اذا كان بعضهم غير متقرب ، لأن الذبح واحد فلا يجوز أن تختل نية القربة فيه .

ولنا ما روى جابر قال « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نشترك فى الابل والبقر كل سبعة منا فى بدنة » رواه مسلم .

ولنا على أبى حنيفة أن الجزء المجزىء لا ينقص بإرادة الشريك غير القربة فجاز كما لو اختلفت جهات القرب فأراد بعضهم التضحية وبعضهم الفدية .

(فصل) ويجوز للمشتركين قسمة اللحم ، ومنع منه أصحاب الشافعى فى وجه بناء على أن القسمة بيع ، وبيع لحم الهدى والأضحية غير جائز

ولنا أن أمر النبى صلى الله عليه وسلم بالاشتراك مع أن سنة الهدى والأضحية الأكل منها دليل على تجويز القسمة ، إذ لا يتمكن واحد منهم من الاكل إلا بالقسمة ، وكذلك الصدقة والهدية ، ولا نسلم ان القسمة بيع ، بل هى إفراز حق على ما ذكرنا فى باب القسمة .

« مسألة » قال (والعقيقة سنة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة)

العقيقة الذبيحة التى تذبح عن المولود ، وقيل هى الطعام الذى يصنع ويدعى اليه من أجل المولود . قال أبو عبيد : الأصل فى العقيقة الشعر الذى على المولود وجمعها عقائق ، ومنها قول الشاعر :

أيا هند لا تنكحى بوهة   عليـه عقيقته أحسبا

ثم إن العرب سمت الذبيحة عند حلق شعره عقيقة على عاداتهم فى تسمية الشيء باسم سببه أو ما جاوره ، ثم اشتهر ذلك حتى صار من الأسماء العرفية وصارت الحقيقة مغمورة فيه فلا يفهم من العقيقة عند الاطلاق الا الذبيحة ، وقال ابن عبد البر : أنكر أحمد هذا التفسير وقال إنما العقيقة الذبح نفسه . ووجهه أن أصل العق القطع ، ومنه عق والديه إذا قطعهما والذبح قطع الحلقوم والمرىء والودجين . والعقيقة سنه فى قول عامة أهل العلم ، منهم ابن عباس وابن عمر وعائشه وفقهاء التابعين وأئمة الامصار ، إلا أصحاب الرأى قالوا ليست سنه ، وهى من أمر الجاهليه .

وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن العقيقه فقال « إن الله تعالى لا يحب العقوق » فكأنه كره الاسم وقال « من ولد له مولود فأحب أن ينسك

عنه فليفعل » رواه مالك فى موطئه . وقال الحسن وداود هى واجبه ، وروى عن بريدة أن الناس يعرضون عليها كما يعرضون على الصلوات الخمس ، لما روى سمرة ابن جندب أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « كل غلام رهينة بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويسمى فيه وتحلق رأسه » وعن ابى هريرة مثله . قال احمد : إسناده جيد ؛ وروى حديث سمرة الاثرم وابو داود

وعن عائشه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرهم عن الغلام بشاتين وعن الجارية بشاة ، وظاهر الأمر الوجوب .

ولنا على استحبابها هـــذه الاحاديث ، وعن أم كرز الكعبيه قالت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجاريه شاة » وفى لفظ « عن الغلام شاتان مثلان وعن الجاريه شاة » رواه ابو داود ، وفى روايه قال « العقيقه عن الغلام شاتان » والاجماع قال أبو الزناد : العقيقة من أمر الناس كانوا يكرهون تركه .

وقال أحمد : العقيقه سنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قد عق عن الحسن وفعله أصحابه ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم « الغلام مرتهن بعقيقته » وهو إسناد جيد يرويه أبو هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم ، وجعلها أبو حنيفه من أمر الجاهليه وذلك لقلة علمه ومعرفته بالاخبار . وأما بيان كونها غير واجبه فدليله ما احتج به أصحاب الرأى من الخبر وما رووه محمول على تأكيد الاستحباب جمعا بين الاخبار ، ولأنها ذبيحة لسرور حادث فلم تكن واجبه كالوليمه والنقيعه .

(فصـــل)

والعقيقه أفضل من الصـــدقه بقيمتها نص عليه أحمد وقال إذا لم يكن عنـده ما يعق فاستقرض رجوت أن يخلف الله عليه إحياء سنه ، قال ابن المنذر : صدق أحمد احياء السنن واتباعها أفضل . وقد ورد فيها من التأكيـد فى الاخبار التى رويناها ما لم يرد فى غيرها ، ولانها ذبيحة أمر النبى صلى الله عليه وسلم بها فكانت أولى كالوليمه والاضحيه .

« مسأله » قال (عن الغلام شاتان وعن الجاريه شاة)

هذا قول أكثر القائلين بها ، وبه قال ابن عباس وعائشة والشافعى وإسحاق وأبو ثور ، وكان ابن عمر يقول : شاة شاة عن الغلام والجاريه لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه عق عن الحسن شاة وعن الحسين شاة » رواه أبو داود وكان الحسن وقتادة لا يريان عن الجارية عقيقة لأن العقيقة شكر للنعمة الحاصلة بالولد ، والجارية لا يحصل بها سرور فلا يشرع لها عقيقة .

ولنا حديث عائشه وأم كرز وهذا نص وما رووه محمول على الجواز

إذا ثبت هذا فالمستحب أن تكون الشاتان متماثلتين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « شاتان مكافئتان » وفى رواية « مثلان » قال أحمد : يعنى متقاربتين أو متساويتين لما جاء من الحديث فيه ، ويجوز فيها الذكر والأنثى لما روى فى حديث أم كرز أنها سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « عن الغلام شاتان مكافئتان وعن الجارية شاة ، ولا بأس أن يكون ذكوراً أو إناثاً » رواه سعيد وأبو داود ، والذكر أفضل لأن النبي صلى الله عليه وسلم عق عن الحسن والحسين بكبش كبش وضحى بكبشين أقرنين ، والعقيقة تجرى مجرى الأضحية والأفضل فى لونها البياض على ما ذكرنا فى الأضحيه لأنها تشبهها ويستحب استسمانها واستعظامها واستحسانها ، كذلك وان خالف ذلك أو عق بكبش واحد أجزأ لما روينا من حديث الحسن والحسين .

« مسألة » قال (ويذبح يوم السابع)

قال أصحابنا : السنه أن تذبح يوم السابع فإن فات فى أربع عشرة ؛ فإن فات فى إحدى وعشرين ، ويروى هذا عن عائشه وبه قال إسحاق . وعن مالك فى الرجل يريد أن يعق عن ولده فقال : ماعلمت هذا من أمر الناس وما يعجبنى ولا نعلم خلافا بين أهل العلم القائلين بشروعيتها فى استحباب ذبحها يوم السابع ، والأصل فيه حديث سمرة عن النبي (ص) أنه قال « كل غلام رهينة بعقيقته تذبح عنه يوم سابعه ويسمى فيه ويحلق رأسه »

وأما كونه فى أربع عشرة ثم فى إحدى وعشرين فالحجة فيه قول عائشه رضى الله عنها ، وهذا تقدير الظاهر أنها لا تقوله الا توقيفا ، وان ذبح قبل ذلك

أو بعــــده أجزأه لأن المقصود يحصل ، وإن تجاوز أحداً وعشرين احتمل أن يستحب فى كل سابع فيجعله فى ثمانية وعشرين ، فإن لم يكن ففى خمسة وثلاثين ، وعلى هذا قياساً على ما قبله ، واحتمل أن يجوز فى كل وقت لأن هذا قضاء فائت فلم يتوقف كقضاء الأضحية وغيرها ، وإن لم يعق أصلا فبلغ الغلام وكسب فلا عقيقة عليه . وسئل أحمد عن هــذه المسألة فقال : ذلك على الوالد ، يعنى لا يعق عن نفســـه لأن السنة فى حق غيره . وقال عطاء والحسن : يعق عن نفسه لأنها مشروعة عنه ، ولأنه مرتهن بها فينبغى أن يشرع له فكاك نفسه

ولنا أنها مشروعة فى حق الوالد فلا يفعلها غيره كالأجنبي وكصدقة الفطر .

فصـــل

ويستحب أن يحلق رأس الصبى يوم الســـابع ويسمى لحديث سمرة ، وإن تصدق بزنة شعره فضة فحسن لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لفاطمة لما ولدت الحسن « احلقى رأسه وتصدقى بزنة شعره فضة على المساكين والأوفاض » يعنى أهل الصفة ، رواه الإمام احمد

وروى سعيد فى سننه عن محمد بن على أن رسول الله (ص) عق عن الحسن والحسين بكبش كبش وانه تصدق بوزن شعورهما ورقا ، وأن فاطمة كانت إذا ولدت ولداً حلقت شعره وتصدقت بوزنه ورقا ، وإن سماه قبل الســابع جاز ، لأن النبى (ص) قال « ولد الليلة لى غلام فسميته باسم أبى ابراهيم » وسمى الغلام الذى جاءه به أنس بن مالك لحنكه وسماه عبد الله . ويستحب أن يحسن اسمه لأنه روى عن النبى (ص) أنه قال « انكم تدعون يوم القيامة بأسمائكم وأسماء آبائكم فأحسنوا أسمائكم » وقال عليه الســلام « أحب الاسماء إلى عبد الله وعبد الرحمن » حديث صحيح .

وروى عن سعيد بن المسيب أنه قال « أحب الاسماء الى الله تعالى أسماء الانبياء » وقال النبى صلى الله عليه وسلم « تسموا باسمى ولا تكنوا بكنيتى » وفى رواية « لا تجمعوا بين اسمى وبين كنيتى »

(فصـــل) ويكره أن يلطخ رأسه بدم ، كره ذلك احمد والزهرى ومالك والشافعي وابن المنذر ، وحكى عن الحسن وقتادة انه مستحب لما روى فى حديث

سمرة عن النبى (ص) قال « الغلام مرتهن بعقيقته تذبح عنه يوم السابع ويدمى » رواه همام عن قتادة عن الحسن عن سمرة ، قال ابن عبد البر : لا أعلم أحداً قال هذا الا الحسن وقتادة ، وأنكره سائر أهل العلم وكرهوه ، لأن النبى (ص) قال « مع الغلام عقيقته فهريقوا عنه دماً وأميطوا عنه الاذى » رواه أبو داود وهذا يقتضى ان لا يمس بدم لانه أذى .

وروى يزيد بن عبد المزنى عن أبيه أن النبى (ص) قال « يعق عن الغلام ولا يمس رأسه بدم » قال مهنا : ذكرت هذا الحديث لاحمد فقال ما أظرفه ، ورواه ابن ماجه ولم يقل عن أبيه . ولان هذا تنجيس له فلا يشرع كلطخه بغيره من النجاسات .

وقال بريدة : كنا فى الجاهلية « اذا ولد لاحدنا غلام ذبح شاة ويلطخ رأسه بدمها فلما جاء الاسلام كنا نذبح شاة ونحلق رأسه ونلطخه بزعفران » رواه ابو داود فأما رواية من روى « ويدمى » فقال ابو داود «ويسمى» أصح . هكذا قال سلام ابن ابى مطيع عن قتادة واياس بن دغفل عن الحسن ، ووهم همام فقال ويدمى . قال أحمد : قال فيه ابن أبى عروبه يسمى . وقال همام يدمى ، وما أراه الا اخطأ ، وقد قيل هو تصحيف من الراوى .

« مسأله » قال (ويجتنب فيها من العيب ما يجتنب فى الاضحيه)

وجملته أن حكم العقيقه حكم الاضحيه فى سنها وأنه يمنع فيها من العيب ما يمنع فيها ويستحب فيها من الصفة ما يستحب فيها وكانت عائشه تقول ائتونى به أعين أقرن ، وقال عطاء الذكر أحب إلى من الانثى والضأن أحب من المعز فلا يجزىء فيها أقل من الجذع من الضأن والثنى من المعز ولا تجوز فيها العوراء البين عورها والعرجاء البين ظلعها والمريضه البين مرضها والعجفاء التى لا تنقى والعضباء التى ذهب أكثر من نصف أذنها أو قرنها ، وتكره فيها الشرقاء والخرقاء والمقابلة والمدابرة ، ويستحب استشراف العين والاذن كما ذكرنا فى الاضحيه سواء لانها تشبهها فتقاس عليها .

« مسأله » قال (وسبيلها فى الاكل والهديه والصدقه سبيلها لا أنها تطبخ أجدالا)

وبهذا قال الشافعي، وقال ابن سيرين اصنع بلحمها كيف شئت، وقال ابن جريج تطبخ بماء وملح وتهدى الجيران والصديق ولا يتصدق منها بشيء، وسئل أحمد عنها فحكى قول ابن سيرين، وهذا يدل على أنه ذهب إليه، وسئل هل يأكلها كلها؟ قال لم أقل يأكلها كلها ولا يتصدق منها بشيء، والاشبه قياسها على الاضحية لانها نسيكة مشروعه غير واجبة فأشبهت الاضحية، ولانها أشبهتها فى صفاتها وسنها وقدرها وشروطها فأشبهتها فى مصرفها، وإن طبخها ودعا إخوانه فأكلوها فحسن. ويستحب أن تفصل أعضاؤها ولا تكسر عظامها لما روى عن عائشه أنها قالت « السنة شاتان مكافئتان عن الغلام، وعن الجارية شاة تطبخ جدولا ولا يكسر عظم ويأكل ويطعم ويتصدق وذلك يوم السابع »

قال أبو عبيد الهروى فى العقيقة: تطبخ جدولا لا يكسر لها عظم أى عضواً عضواً، وهو الجدل بالدال غير المعجمة والارب والشلو والعضو، والوصل كله واحد وإنما فعل بها ذلك لانها أول ذبيحة ذبحت عن المولود فاستحب فيها ذلك تفاؤلا بالسلامة، كذلك قالت عائشة: وروى أيضا عن عطاء وابن جريج، وبه قال الشافعي

(فصل) قال أحمد: يباع الجلد والرأس والسقط ويتصدق به، وقد نص فى الاضحية على خلاف هذا وهو اقيس فى مذهبه لانها ذبيحة لله فلا يباع منها شيء كالهدى، ولانه تمكن الصدقة بذلك بعينه فلا حاجة إلى بيعه.

وقال أبو الخطاب، يحتمل أن ينقل حكم إحداهما الى الاخرى فيخرج فى المسألتين روايتان، ويحتمل أن يفرق بينهما من حيث أن الاضحية ذبيحة شرعت يوم النحر فأشبهت الهدى، والعقيقة شرعت عند سرور حادث وتجدد نعمة فأشبهت الذبيحة فى الوليمة، ولان الذبيحة ههنا لم تخرج عن ملكه فكان له أن يفعل بها ما شاء من بيع وغيره، والصدقة بثمن ما بيع منها بمنزلة الصدقه به فى فضلها وثوابها وحصول النفع به فكان له ذلك.

(فصل) قال بعض أهل العلم، يستحب للوالد أن يؤذن فى أذن ابنه حين يولد لما روى عبد الله بن رافع عن أمه أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن فى أذن الحسن حين ولدته فاطمه وعن عمر بن عبد العزيز انه كان اذا ولد له مولود اخذه فى خرقة

فأذن فى أذنه اليمنى وأقام فى اليسرى وسماه ، وروينا أن رجلا قال لرجل عند الحسن يهنئه بابن له « ليهنك الفارس ، فقال الحسن وما يدريك أنه فارس هو أو حمار ؟ فقال كيف نقول ؟ قال : قل بورك فى الموهوب وشكرت الواهب وبلغ أشده ورزقت بره » وروى (أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يحنك أولاد الأنصار بالتمر ، وروى أنس قال « ذهبت بعبد الله بن أبى طلحة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، حين ولد قال : هل معك تمر ؟ فناولته تمرات ؟ فلا كهن ثم فغر فاه ثم مجه فيه فجعل يتلمظ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم حب الأنصار التمر ، وسماه عبد الله » .

(فصل) قال أصحابنا لا تسن الفرعة ولا العتيره ، وهو قول علماء الأمصار سوى ابن سيرين فإنه كان يذبح العتيرة فى رجب ويروى فيهاشيئا ، والفرعة والفرع بفتح الراء أول ولد الناقة كانوا يذبحونه لآلهتهم فى الجاهلية فنهوا عنها ، قال ذلك أبو عمرو الشيبانى .

وقال أبو عبيد : العتيرة هى الرجبية كان أهل الجاهلية إذا طلب أحدهم أمراً نذر أن يذبح من غنمه شاة فى رجب وهى العتائر ، والصحيح إن شاء الله تعالى أنهم كانوا يذبحونها فى رجب من غير نذر جعلوا ذلك سنة فيما بينهم كالأضحية فى الأضحى وكان منهم من ينذرها كما قد تنذر الاضحية ، بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم « على كل أهل بيت أضحاة وعتيرة » وهذا الذى قاله النبى صلى الله عليه وسلم فى بدء الإسلام تقرير لما كان فى الجاهلية وهو يقتضى ثبوتها بغير نذر ثم نسخ ذلك بعد ، ولان العتيرة لو كانت هى المنذورة لم تكن منسوخة فإن الانسان لو نذر ذبح شاة فى أى وقت كان لزمه الوفاء بنذره والله أعلم .

وروى عن عائشه رضى الله عنها قالت « أمرنا رسول الله (ص) بالفرعة من كل خمس واحدة » قال ابن المنذر هذا حديث ثابت .

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا فرع ولا عتيرة » متفق عليه وهذا الحديث متأخر عن الامر بها فيكون ناسخاً ، ودليل تأخره أمران أحدهما : أن راويه أبو هريرة وهو متأخر الإسلام فإن إسلامه فى سنة فتح خيبر وهى السنة السابعة من الهجرة .

والثانى : أن الفرع والعتيرة كان فعلهما أمراً متقدماً على الاسلام فالظاهر بقاؤهم عليه الى حين نسخه واستمرار النسخ من غير رفع له ولو قدرنا تقدم النهى على الامر بها لكانت قد نسخت ثم نسخ ناسخها وهذا خلاف الظاهر .

إذا ثبت هذا : فإن المراد بالخبر نفى كونها سنة لا تحريم فعلها ولا كراهته فلو ذبح إنسان ذبيحة فى رجب أو ذبح ولد الناقة لحاجته الى ذلك أو للصدقة به وإطعامه لم يكن ذلك مكروها ، والله تعالى أعلم .

كتاب السبق والرمى

المسابقة جائزة بالسنة والاجماع ، أما السنة : فروى ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم سابق بين الخيل المضمرة من الحفياء الى ثنية الوداع ، وبين التى لم تضمر من ثنية الوداع الى مسجد بنى زريق » متفق عليه ، قال موسى بن عقبة : من الحفياء الى ثنيه الوداع ستة أميال أو سبعة أميال .

وقال سفيان : من الثنيه الى مسجد بنى زريق ميل أو نحوه ، وأجمع المسلمون على جواز المسابقه فى الجمله والمسابقه على ضربين مسابقه بغير عوض ومسابقة بعوض ، فأما المسابقه بغير عوض فتجوز مطلقا من غير تقييد بشىء معين كالمسابقه على الاقدام والسفن والطيور والبغال والحمير والفيلة والمزاريق ، وتجوز المصارعه ورفع الحجر ليعرف الاشد وغير هذا لان النبى صلى الله عليه وسلم « كان فى سفر مع عائشه فسابقته على رجلها فسبقته قالت : فلما حملت اللحم سابقته فسبقنى فقال : هذه بتلك » رواه أبو داود ، وسابق سلمه بن الاكوع رجلا من الانصار بين يدى النبى (ص) فى يوم ذى قرد « وصارع النبي صلى الله عليه وسلم ركانه فصرعه » رواه الترمذى ومر بقوم يرجمون حجراً يعنى يرفعونه ليعرفوا الأشد منهم فلم ينكر عليهم وسائر المسابقه يقاس على هذا .

وأما المسابقه بعوض فلا تجوز الا بين الخيل والابل والرمى لما سنذكره إن شاء الله تعالى واختصت هذه الثلاثة بتجويز العوض فيها لأنها من آلات الحرب المأمور بتعلمها وإحكامها والتفوق فيها وفى المسابقه بها مع العوض مبالغه

فى الاجتهاد فى النهايه لها والاحكام لها وقد ورد الشرع بالأمر بها والترغيب فى فعلها قال تعالى (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم) وقال النبى (ص) « ألا ان القوة الرمى ألا ان القوة الرمى » وروى سعيد فى سننه عن خالد بن زيد قال « كنت رجلا رامياً وكان عقبة بن عامر الجهنى يمر بى فيقول يا خالد اخرج بنا نرمى فلما كان ذات يوم أبطأت عنه فقال هلم أحدثك حديثاً سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : إن الله يدخل بالسهم الواحد ثلاثة الجنة : صانعه يحتسب فى صنعه الخير ، والرامى به ، ومنبله ، ارموا واركبوا وأن ترموا أحب الى من أن تركبوا وليس من اللهو إلا ثلاث : تأديب الرجل فرسه وملاعبته أهله ورميه بقوسه ونبله ومن ترك الرمى بعد ما علمه رغبة عنه فإنها نعمة تركها » .

وعن مجاهد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الملائكة لا تحضر من لهوكم الا الرهان والنضال » قال الأزهرى النضال فى الرمى والرهان فى الخيل والسباق فيهما ، قال مجاهد « ورأيت ابن عمر يشتد بين الهدفين إذا أصاب خصلة قال أنا بها أنا بها وعن حذيفة مثله » .

« مسأله » قال (والسبق فى النصل والحافر والخف لا غير)

السبق بسكون الباء المسابقة والسبق بفتحها الجعل المخرج فى المسابقة والمراد بالنصل ههنا السهم ذو النصل وبالحافر الفرس وبالخف البعير عبر عن كل واحد منها بجزء منه يختص به . ومراد الخرقى أن المسابقة بعوض لا تجوز إلا فى هذه الثلاثة ، وبهذا قال الزهرى ومالك ، وقال أهل العراق : يجوز ذلك فى المسابقة على الاقدام والمصارعة لورود الأثر بهما فإن النبى صلى الله عليه وسلم سابق عائشة وصارع ركانه ، ولاصحاب الشافعى وجهان كالمذهبين ولهم فى المسابقه فى الطيور والسفن وجهان بناء على الوجهين فى المسابقه على الاقدام والمصارعه .

ولنا ما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا سبق إلا فى نصل أو خف أو حافر » رواه أبو داود فنفى السبق فى غير هذه الثلاثه ، ويحتمل أن يراد به نفى الجعل أى لايجوز الجعل إلا فى هذه الثلاثه ، ويحتمل أن يراد به

نفى المسابقة بعوض فإنه يتعين حمل الخبر على أحد الأمرين للاجماع على جواز المسابقة بغير عوض فى هذه الثلاثة ، وعلى كل تقدير فالحديث حجة لنا .

ولأن غير هذه الثلاثه لايحتاج اليها فى الجهاد كالحاجة اليها فلم تجز المسابقة عليها بعوض كالرمى بالحجارة ورفعها .

إذا ثبت هذا : فالمراد بالنصل السهام من النشاب والنبل دون غيرهما والحافر الخيل وحدها والخف الإبل وحدها ، وقال أصحاب الشافعى : تجوز المسابقة بكل ماله نصل من المزاريق وفى الرمح والسيف وجهان وفى الفيلة والبغال والحمير وجهان لأن المزاريق والرماح والسيوف نصلا وللفيلة خف وللبغال والحمير حوافر فتدخل فى عموم الخبر .

ولنا أن هذه الحيوانات المختلف فيها لا تصلح للكر والفر ولا يقاتل عليها ولا يسهم لها والفيل لا يقاتل عليه أهل الإسلام ؛ والرماح والسيوف لا يرمى بها فلم تجز المسابقة عليها كالبقر والتراس والخبر ليس بعام فيما تجوز المسابقه به لأنه نكرة فى إثبات وانما هو عام فى نفى مالا تجوز المسابقة به بعوض لكونه نكرة فى سياق النفى ثم لو كان عاما لحمل على ما عهدت المسابقه عليه وورد الشرع بالحث على تعلمه وهو ما ذكرناه .

« مسألة » قال ﴿ وإذا أرادا أن يستبقا أخرج أحدهما ولم يخرج الآخر فإن سبق من أخرج أحرز سبقه ولم يأخذ من المسبوق شيئا وان سبق من لم يخرج أحرز سبق صاحبه ﴾

وجملته : أن المسابقة إذا كانت بين اثنين أو حزبين لم تخل إما أن يكون العوض منهما أو من غيرهما فإن كان من غيرهما نظرت فإن كان من الامام جاز سواء كان من ماله أو من بيت المال لأن فى ذلك مصلحه وحثا على تعلم الجهاد ونفعا للمسلمين ، وان كان غير إمام جاز له بذل العوض من ماله ، وبهذا قال أبو حنيفه والشافعى .

وقال مالك : لا يجوز بذل العوض من غير الامام لأن هذا مما يحتاج اليه للجهاد فاختص به الامام لتوليه الولايات وتأمير الأمراء . ولنا أنه بذل لماله

فيما فيه مصلحه وقربه فجاز كما لو اشترى به خيلا وسلاحا ، فأما إن كان منهما اشترط كون الجعل من أحدهما دون الآخر فيقول ان سبقتنى فلك عشرة وإن سبقتك فلا شيء عليك فهذا جائز ، وحكى عن مالك أنه لا يجوز لأنه قمار .

ولنا أن أحدهما يختص بالسبق فجاز كما لو أخرجه الامام ، ولا يصح ما ذكره لأن القمار أن لا يخلو كل واحد منهما من أن يغنم أو يغرم وههنا لا خطر على أحدهما فلا يكون قماراً فإذا سبق المخرج أحرز سبقه ولا شيء له على صاحبه ، وان سبق الآخر أخذ سبق المخرج فملكه وكان كسائر ماله لانه عوض فى الجعاله فيملك فيها كالعوض المجهول فى رد الضالة والآبق وان كان العوض فى الذمه فهو دين يقضى به عليه ويجبر على تسليمه ان كان موسراً وان أفلس ضرب به مع الغرماء .

(فصل) والمسابقه عقد جائز ذكره ابن حامد ، وهو قول أبى حنيفه وأحد قولى الشافعى ، وقال فى الآخر هو لازم إن كان العوض منهما وجائز إذا كان من أحدهما أو من غيرهما وذكره القاضى احتمالا لانه عقد من شرطه أن يكون العوض والمعوض معلومين فكان لازما كالاجارة .

ولنا أنه عقد على مالا تتحقق القدرة على تسليمه فكان جائزاً كرد الآبق فإنه عقد على الاصابه ولا يدخل تحت قدرته وبهذا فارق الاجارة ، فعلى هذا لكل واحد من المتعاقدين الفسخ قبل الشروع فى المسابقه ، وان أراد أحدهما الزيادة فيها أو النقصان منها لم يلزم الآخر إجابته .

وأما بعد الشروع فى المسابقه فإن كان لم يظهر لاحدهما فضل على الآخر جاز الفسخ لكل واحد منهما ، وان ظهر لاحدهما فضل مثل أن يسبقه بفرسه فى بعض المسابقه أو يصيب بسهامه أكثر منه فللفاضل الفسخ ، ولا يجوز للمفضول لانه لو جاز له ذلك لفات غرض المسابقه لانه متى بان له سبق صاحبه له فسخها وترك المسابقه فلا يحصل المقصود ، وقال أصحاب الشافعى : إذا قلنا العقد جائز الفسخ ففى جواز الفسخ من المفضول وجهان .

(فصل) ويشترط أن يكون العوض معلوما لانه مال فى عقد فكان معلوما

كسائر العقود ويكون معلوما بالمشاهدة أو بالقدر والصفة على ما تقدم فى غير موضع ؛ ويجوز أن يكون حالا ومؤجلا كالعوض فى البيع ، ويجوز ان يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلا . فلو قال إن نضلتنى فلك دينار حال وقفيز حنطة بعد شهر جاز وصح النضال ، لأن ما جاز ان يكون حالا ومؤجلا جاز أن يكون بعضه حالا وبعضه مؤجلا كالثمن، غير انه يحتاج الى صفة الحنطة بما تصير به معلومة

فصـــل

فإن شرط أن يطعم السبق أصحابه فالشرط فاسد لأنه عوض على عمل فلا يستحقه غير العامل كالعوض فى رد الآبق ولا يفسد العقد ، وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعى : يفسد

ولنا انه عقد لا تقف صحته على تسمية بدل فلم يفسد بالشرط الفاسد كالنكاح وذكر القاضى ان الشروط الفاسدة فى المسابقة تنقسم قسمين

أحدهما ما يخل بشرط العقد نحو ان يعود إلى جهالة العوض أو المسافة ونحوهما فيفسد العقد لأن العقد لا يصح مع فوات شرطه

والثانى : مالا يخل بشرط العقد ، نحو أن يشترط ان يطعم السبق أصحابه أو غيرهم أو يشترط انه اذا نضل لا يرمى أبدا أو لا يرمى شهرا ، أو شرطا ان لكل واحد منهما أو لأحدهما فسخ العقد متى شاء بعد الشروع فى العمل وأشباه هذا فهذه شروط باطلة فى نفسها وفى العقد المقترن بها وجهان :

أحدهما : صحته لأن العقد تم بأركانه وشروطه ، فإذا حذف الزائد الفاسد بقى العقد صحيحا .

والثانى : يبطل لأنه بذل العوض لهذا الغرض ، فإذا لم يحصل له غرضه لا يلزمه العوض ، وكل موضع فسدت المسابقة فإن كان السابق المخرج أمسك سبقه ، وان كان الآخر فله أجر عمله لأنه عمل بعوض لم يسلم له فاستحق أجر المثل كالإجارة الفاسدة

(فصـــل) واذا كان المخرج غير المتسابقين فقال لهما أو لجماعة أيكم سبق فله عشرة جاز لأن كلا منهم يطلب أن يكون سابقا وأيهم سبق استحق العشرة ، وإن جاءوا جميعا فلا شيء لواحد منهم لأنه لا سابق فيهم ؛ وان قال لاثنين أيكما

سبق فله عشرة وأيكما صلى فله عشرة لم يصح ، لأنه لا فائدة في طلب السبق فلا يحرص عليه لعدم فائدته فيه ، وإن قال : ومن صلى فله خمسة صح لأن كل واحد يطلب السبق لفائدته فيه بزيادة الجعل ، وان كانوا أكثر من اثنين فقال من سبق فله عشرة ومن صلى فله كذلك صح ، لأن كل واحد منهم يطلب ان يكون سابقا أو مصليا والمصلي هو الثاني لأن رأسه عند صلى الآخر والصلوان هما العظمان الناتئان من جانبي الذنب وفي الأثر عن علي رضي الله عنه أنه قال « سبق أبو بكر ، وصلى عمر ، وخبطتنا عشواء » وقال الشاعر :

إن تبتدر غاية يوما لمكرمة   تلق السوابق منا والمصلينا

فإن قال للمجلي وهو الأول مائة وللمصلي وهو الثاني تسعون ، وللتالي وهو الثالث ثمانون ، وللنازع وهو الرابع سبعون ، وللمرتاح وهو الخامس ستون وللحظي وهو السادس خمسون ، وللعاطف وهو السابع أربعون ، والمؤمل وهو الثامن ثلاثون ، وللطيم وهو التاسع عشرون ، وللسكيت وهو العاشر عشرة ، وللفسكل وهو الآخر خمسه صح لأن كل واحد يطلب السبق فإذا فاته طلب مايلي السابق ، والفسكل اسم للآخر ثم يستعمل هذا في غير المسابقة بالخيل تجوزا كما روى « أن أسماء ابنة عميس كانت تزوجت جعفر بن ابي طالب وولدت له عبد الله ومحمداً وعونا ، ثم تزوجها ابو بكر الصديق فولدت له محمد بن ابي بكر ثم تزوجها علي بن ابي طالب فقالت له : إن ثلاثة أنت آخرهم لأخيار ، فقال لولدها فسكلتني أمكم » وان جعل للمصلي أكثر من السابق أو مثله أو جعل للتالي أكثر من المصلي أو مثله أو لم يجعل للمصلي شيئا لم يجز لان ذلك يفضي إلى ان لا يقصد السبق بل يقصد التأخر فيفوت المقصود »

﴿ فصـــل ﴾

إذا قال لعشرة من سبق منكم فله عشرة صح ، فإن جاءوا معا فلا شيء لهم لانه لم يوجد الشرط الذي يستحق به الجعل في واحد منهم ، وان سبقهم واحد فله العشرة لوجود الشرط فيه ، وان سبق اثنان فلهما العشرة ، وان سبق تسعة وتأخر واحد فالعشرة للتسعه لان الشرط وجد فيهم فكان الجعل بينهم كما لو قال من رد عبدي الآبق فله عشرة فرده تسعة ، ويحتمل ان يكون لكل واحد من

السابقين عشرة لأن كل واحد منهم سابق فيستحق الجعل بكماله ، كما لو قال من رد عبداً لي فله عشرة فرد كل واحد عبداً ، وفارق ما لو قال من رد عبدي فرده تسعة لأن كل واحد منهم لم يرده إنما رده حصل من الكل ، ويصير هذا كما لو قال من قتل قتيلا فله سلبه، فإن قتل كل واحد واحداً فلكل واحد سلب قتيله كاملا ، وان قتل الجماعة واحداً فلجميعهم سلب واحد ، وههنا كل واحد له سبق مفرد فكان له الجعل كاملا ، فعلى هذا لو قال : من سبق فله عشرة ومن صلى فله خمسة فسبق خمسه وصلى خمسه ، فعلى الأول من الوجهين للسابقين عشرة لكل واحد منهم درهمان وللمصلين خمسة لكل واحد منهم درهم ، وعلى الوجه الثاني لكل واحد من السابقين عشرة فيكون لهم خمسون ، ولكل واحد من المصلين خمسه فيكون لهم خمسة وعشرون

ومن قال بالوجه الأول احتمل على قوله أن لا يصح العقد على هذا الوجه لأنه يحتمل أن يسبق تسعة فيكون لهم عشرة لكل واحد درهم وتسع ويصلي واحد فيكون له خمسة فيصير للمصلي من الجعل فوق ما للسابق فيفوت المقصود.

« مسألة » قال (وإن أخرجا جميعا لم يجز إلا أن يدخلا بينهما محللا يكافىء فرسه فرسيهما أو بعيره بعيريهما أو رميه رميهما ، فإن سبقهما أحرز سبقيهما ، وان كان السابق أحدهما أحرز سبقه وأخذ سبق صاحبه فكان كسائر ماله ولم يأخذ من المحلل شيئا)

السبق بالفتح الجعل الذي يسابق عليه ، ويسمى الخطر والندب والقرع والرهن ، ويقال سبق إذا أخذ وإذا أعطى وهو من الاضداد ومتى استبق الاثنان والجعل بينهما فأخرج كل واحد منهما لم يجز وكان قماراً ، لأن كل واحد منهما لا يخلو من أن يغنم أو يغرم ، وسواء كان ما أخرجاه متساويا مثل أن يخرج كل واحد منهما عشرة أو متفاوتا مثل ان اخرج أحدهما عشرة والآخر خمسة . ولو قال ان سبقتني فلك عليّ عشرة وان سبقتك فلي عليك قفيز حنطة ، أو قال : إن سبقتني فلك علي عشرة ولي عليك قفيز لم يجز لما ذكرناه ، فإن أدخلا بينهما محللا وهو ثالث لم يخرج شيئا جاز . وبهذا قال سعيد بن المسيب والزهري والاوزاعي

وإسحاق وأصحاب الرأى . وحكى أشهب عن مالك انه قال فى المحلل : لا أحبه . وعن جابر بن زيد انه قيل له إن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا لا يرون بالدخيل بأسا . قال هم أعف من ذلك

ولنا ما روى ابو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يؤمن ان يسبق فليس بقمار ، ومن أدخل فرسا بين فرسين وقد أمن ان يسبق فهو قمار » رواه أبو داود ، فجعله قماراً اذا أمن أن يسبق لأنه لا يخلو كل واحد منهما من أن يغنم او يغرم ، وإذا لم يأمن ان يسبق لم يكن قماراً لأن كل واحد منهما يجوز ان يخلو عن ذلك . ويشترط أن يكون فرس المحلل مكافئا لفرسيهما أو بعيره مكافئا لبعيريهما ورميه لرميهما ، فإن لم يكن مكافئا مثل أن يكون فرساهما جوادين وفرسه بطيء فهو قمار للخبر ، ولأنه مأمون سبقه فوجوده كعدمه ، وان كان مكافئا لهما جاز ، فإن جاءوا كلهم الغاية دفعة واحدة أحرز كل واحد منهما سبق نفسه ولا شيء للمحلل لانه لا سابق فيهم ، وكذلك ان سبق المستبقان المحلل .

وإن سبق المحلل وحده أحرز السبقين بالاتفاق ، وان سبق أحد المستبقين وحده أحرز سبق نفسه وأخذ سبق صاحبه ولم يأخذ من المحلل شيئا ، وان سبق أحد المستبقين والمحلل أحرز السابق مال نفسه ويكون سبق المسبوق بين السابق والمحلل نصفين ، وسواء كان المستبقون اثنين أو أكثر حتى لو كانوا مائة وبينهم محلل لا سبق منه جاز ، وكذلك لو كان المحلل جماعه جاز لأنه لا فرق بين الاثنين والجماعة ، وهذا كله مذهب الشافعى

(فصل) ويشترط فى المسابقة بالحيوان تحديد المسافة وأن يكون لابتداء عدوهما ، وآخره غاية لا يختلفان فيها ، لأن الغرض معرفة أسبقهما ولا يعلم ذلك إلا بتساويهما فى الغاية ، ولأن أحدهما قد يكون مقصراً فى أول عدوه سريعا فى انتهائه ؛ وقد يكون بضد ذلك فيحتاج إلى غاية تجمع حاليه ، ومن الخيل ما هو أصبر والقارح أصبر من غيره

وقد روى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سبق بين الخيل وفضل القرح فى الغاية ، رواه أبو داود ، وسبق بين الخيل المضمرة من الحفياء الى

ثنية الوداع وذلك ستة أميال أو سبعة ، وبين التي لم تضمر من الثنية إلى مسجد بني زريق وذلك ميل أو نحوه ، فإن استبقا بغير غاية لينظرا أيهما يقف أولا لم يجز لأنه يؤدي الى ان لا يقف أحدهما حتى ينقطع فرسه ويتعذر الاشهاد على السبق فيه . ويشترط فى المسابقة إرسال الفرسين او البعيرين دفعه واحدة ، فإن أرسل أحدهما قبل الاخر ليعلم هل يدركه الاخر أو لا لم يجز هذا فى المسابقة بعوض لانه قد لا يدركه مع كونه اسرع منه لبعد المسافة بينهما، ويكون عند أول المسافة من يشاهد ارسالهما ويرتبهما وعند الغاية من يضبط السابق منهما لئلا يختلفا فى ذلك .

ويحصل السبق فى الخيل بالرأس إذا تماثلت الاعناق ، فإن اختلفا فى طول العنق او كان ذلك فى الابل اعتبر السبق بالكتف لأن الاعتبار بالرأس متعذر ، فإن طويل العنق قد يسبق رأسه لطول عنقه لا لسرعة عدوه ، وفى الإبل ما يرفع راسه وفيها مايمد عنقه فربما سبق راسه لمد عنقه لا لسبقه ، فلذلك اعتبرنا الكتف فان سبق راس قصير العنق فهو سابق لأن من ضرورة ذلك كونه سابقا ، وان سبق طويل العنق بأكثر مما بينهما فى طول العنق فقد سبق وان كان بقدره لم يسبقه وان كان اقل فالاخر السابق ، ونحو هذا كله قول الشافعي . وقال الثوري : اذا سبق احدهما بالاذن كان سابقا ولا يصح لأن احدهما قد يرفع راسه ويمد الاخر عنقه فيكون سابقا باذنه لذلك لا لسبقه ؛ وان شرطا السبق بأقدام معلومة كثلاثة او اكثر او اقل لم يصح . وقال بعض اصحاب الشافعي يصح ويتخاطان ذلك كما فى الرمي وليس بصحيح لأن هذا لا ينضبط ولا يقف الفرسان عند الغاية بحيث يعرف مساحة ما بينهما . وقد روى الدارقطني باسناده عن علي (رض) ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعلي « قد جعلت لك هذه السبقة بين الناس » فخرج علي فدعا سراقة ابن مالك فقال ياسراقة إني قد جعلت اليك ماجعل النبي صلى الله عليه وسلم فى عنقي من هذه السبقة فى عنقك فاذا اتيت الميطان ـ قال ابو عبد الرحمن الميطان مرسلها من الغايه ـ فصف الخيل ثم ناد : هل من مصلح للجام او حامل لغلام او طارح لجل فاذا لم يجبك احد فكبر ثلاثا ثم خلها عند الثالثة فيسعد الله بسبقه من شاء من خلقه ، وكان علي يقعد على منتهى الغاية يخط خطا ويقيم رجلين

متقابلين عند طرف الخط طرفيه بين إبهامى أرجلهما وتمر الخيل بين الرجلين ويقول لهما إذا خرج أحد الفرسين على صاحبه بطرف أذنيه اوأذن او عذار فاجعلا السبقة له ، فإن شككتما فاجعلوا سبقهما نصفين فإذا قرنتم ثنتين فاجعلا الغاية من غاية أصغر الثنتين ولا جلب ولا جنب ولا شغار فى الاسلام . وهذا الأدب الذى ذكره فى هذا الحديث فى ابتداء الارسال وانتهاء الغاية من أحسن ما قيل فى هذا. وهو مروى عن أمير المؤمنين على رضى الله عنه فى قضية أمره بها رسول الله صلى الله عليه وسلم وفوضها إليه فينبغى أن تتبع ويعمل بها .

(فصل) ويشترط فى الرهان أن تكون الدابتان من جنس واحد ؛ فإن كانتا من جنسين كالفرس والبعير لم يجز ، لأن البعير لا يكاد يسبق الفرس فلا يحصل الغرض من هذه المسابقة ، وإن كانتا من نوعين كالعربى والبرذون أو البختى والعرابى ففيه وجهان .

أحدهما لا يصح ، ذكره ابو الخطاب لأن التفاوت بينهما فى الجرى معلوم بحكم العادة فأشبها الجنسين .

والثانى يصح . ذكره القاضى وهذا مذهب الشافعى لأنهما من جنس واحد ، وقد يسبق كل واحد منهما الآخر والضابط الجنس وقد وجد ، ويكفى فى المظنة احتمال الحكمة ولو على بعد .

(فصول فى المناضلة)

وهى المسابقة فى الرمى بالسهام والمناضلة مصدر ناضلته نضالا ومناضلة وسمى الرمى نضالا لأن السهم التام يسمى نضلا فالرمى به عمل بالنضل فسمى نضالا ومناضله مثل قاتلته قتالا ومقاتله ، وجادلته جدالا ومجادله ويشترط لصحته ثمانية شروط

أحدهما : أن يكون عدد الرشق معلوما والرشق بكسر الراء عدد الرمى ، وأهل اللغه يقولون هو عبارة عما بين العشرين والثلاثين والرشق بفتح الراء الرمى نفسه مصدر رشقت رشقا أى رميت رميا وانما اشترط علمه لأنه لو كان مجهولا لأفضى الى الخلاف لان أحدهما يريد القطع والآخر يريد الزيادة فيختلفان .

الثانى : أن يكون عدد الاصابه معلوما فيقولان الرشق عشرون والاصابه

خمسة او ستة أو ما يتفقان عليه منها إلا أنه لا يجوز اشتراط إصابة نادرة كإصابة جميع الرشق او إصابة تسعة أعشاره ، ونحو هذا ؛ لأن الظاهر أن هذا لا يوجد فيفوت الغرض .

الثالث : استواؤهما فى عدد الرشق والاصابة وصفتها وسائر أحوال الرمى ، فإن جعلا رشق أحدهما عشرة والآخر عشرين ، او شرطا أن يصيب أحدهما خمسة والآخر ثلاثة ، أو شرطا إصابة أحدهما خواسق والاخر خواصل ، أو شرطا أن يحط أحدهما من اصابته سهمين أو يحط سهمين من اصابته بسهم من اصابة صاحبه أو شرطا ان يرمى أحدهما من بعد والاخر من قرب أو أن يرمى أحدهما وبين أصابعه سهم والاخر بين أصابعه سهمان ، او ان يرمى أحدهما وعلى رأسه شيء والاخر خال عن شاغل، أو ان يحط عن أحدهما واحداً من خطئه لا له ولا عليه وأشباه هذا مما تفوت به المساواة لم يصح لأن موضوعها على المساواة والغرض معرفة الحذق وزيادة أحدهما على الاخر فيه ومع التفاضل لا يحصل ، فإنه ربما أصاب أحدهما لكثرة رميه لا لحذقه فاعتبرت المساواة كالمسابقة على الحيوان .

الرابع . ان يصفا الاصابة فيقولان خواصل وهو المصيب للغرض كيفما كان قال الازهرى يقال خصلت مناضلى خصلة وخصلا ويسمى ذلك القرع والقرطسة يقال قرطس اذا أصاب . او حوابى وهو ما وقع بين يدى الغرض ثم وثب اليه . ومنه يقال حبا الصبي . او خواصر وهو ماوقع فى أحد جانبي الغرض ، ومنه قيل الخاصرة لأنها فى جانب الانسان . او خوارق وهو ما خرق الغرض ثم وقع بين يديه او خواسق وهو ما خرق الغرض وثبت فيه او موارق وهو ماانفذ الغرض ووقع من ورائه او خوازم وهو ما خزم جانب الغرض ، وان شرطا الخواسق والحوابى معا أصح

الخامس : قدر الغرض ، والغرض هو ما يقصد اصابته من قرطاس او ورق او جلد او خشب او قرع او غيره ، ويسمى غرضا لأنه يقصد ويسمى شارة وشنا قال الازهرى : مانصب فى الهدف فهو القرطاس وما نصب فى الهواء فهو الغرض ويجب ان يكون قدره معلوما بالمشاهدة اوبتقديره بشبر او شبرين بحسب الاتفاق فان الاصابة تختلف باختلاف سعته وضيقه .

السادس : معرفة المسافة إما بالمشاهدة أو بالذرعان فيقول مائة ذراع أو مائتى ذراع لأن الاصابة تختلف بقربها وبعدها ومهما اتفقا عليه جاز إلا أن يجعلا مسافة بعيدة تتعذر الاصابة فى مثلها وهو ما زاد على ثلاثمائة ذراع فلا يصح لأن الغرض يفوت بذلك وقد قيل إنه ما رمى الى أربعمائة ذراع إلا عقبة بن عامر الجهنى رضى الله عنه .

السابع : تعيين الرماة فلا يصح مع الابهام لأن الغرض معرفة حذق الرامى بعينه لا معرفة حذق رام فى الجملة ، ولو عقد اثنان نضالا على أربع مع كل واحد منهما ثلاثة لم يجز لذلك ، ولا يشترط تعيين القوس والسهام ، ولو عينها لم تتعين لان القصد معرفة الحذق ، وهذا لا يختلف إلا بالرامى لا باختلاف القوس والسهام ، وفى الرهان يعتبر تعيين الحيوان الذى يسابق به ولا يعتبر تعيين الراكب لان الغرض معرفة عدو الفرس لا حذق الراكب .

وكل ما يعتبر تعيينه إذا تلف انفسخ العقد ولم يقم غيره مقامه لان العقد تعلق بعينه فانفسخ بتلف العين ، ولأن الغرض معرفة حذق الرامى أو عدو الفرس ، وقد فاتت معرفة ذلك بموته ، ولا يعرف حذقه من غيره ، ومالا يتعين يجوز إبداله لعذر وغيره فإذا تلف قام غيره مقامه ، فإن شرطا أن لا يرمى بغير هذا القوس ولا بغير هذا السهم أو لا يركب غير هذا الراكب فهذه شروط فاسدة لانها تنافى مقتضى العقد أشبهت ما اذا شرط إصابة بإصابتين .

الثامن : أن تكون المسابقة فى الاصابة ولو قالا السبق لأبعدنا رمياً لم يجز لان الغرض من الرمى الاصابة لا بعد المسافة فإن المقصود من الرمى إما قتل العدو أو جرحه أو الصيد أو نحو ذلك وكل هذا إنما يحصل من الاصابة لا من الابعاد

(فصل) والمناضلة على ثلاثة أضرب .

أحدها . تسمى المبادرة وهو أن يقولا من سبق الى خمس إصابات من عشرين رمية فهو السابق فأيهما سبق اليها مع تساويهما فى الرشق فقد سبق فإذا رميا عشرة عشرة فأصاب أحدهما خمساً ولم يصب الآخر خمسا فالمصيب خمساً هو السابق ، لأنه قد سبق الى خمسة وسواء أصاب الآخر أربعا أو ما دونها

أو لم يصب شيئا ولا حاجة الى اتمام الرشق لان السبق قد حصل بسبقه الى ماشرطا السبق اليه .

وان أصاب كل واحد منهما من العشر خمسا فلا سابق فيهما ولا يكملان الرشق ، لان جميع الاصابة المشروطة قد حصلت واستويا فيها فإن رمى أحدهما عشراً فأصاب خمسا ورمى الآخر تسعا فأصاب أربعا لم يحكم بالسبق ولا بعدمه حتى يرمى العاشر فإن أخطأ به فقد سبق الأول ، وان أصاب به فلا سابق فيهما وان لم يكن أصاب من التسعة الا ثلاثاً فقد سبقه الاول ولايحتاج الى رمي العاشر لان أكثر ما يحتمل أنه يصيب به ولا يخرجه ذلك عن كونه مسبوقا .

الضرب الثانى : أن يقول : أينا فضل صاحبه بإصابة أو اصابتين أو ثلاث من عشرين رمية فقد سبق ويسمى مفاضله ومحاطة لان ماتساويا فيه من الاصابه محطوط غير معتد به . ويلزم اكمال الرشق اذا كان فى اتمامه فائدة .

فإذا قالا : أينا فضل صاحبه بثلاث فهو سابق فرميا اثنتى عشرة رميه فأصابها أحدهما وأخطأها الآخر كلها لم يلزم اتمام الرشق لان أكثر ما يحتمل أن يصيب الاخر الثمانى الباقية ويخطها الاول ولا يخرج الاول بهذا عن كونه سابقا .

وان كان الأول انما أصاب من الاثنتى عشرة عشراً لزمهما أن يرميا الثالثة عشرة فإن أصاباها أو أخطآ أو أصابها الأول وحده فقد سبق ولا يحتاج الى اتمام الرشق ، فان أصابها الاخر وأخطأها الاول فعليهما أن يرميا الرابعه عشرة والحكم فيها وفيما بعدها كالحكم فى الثالثة عشر ، وأنه متى أصاباها أو أخطآ أو أصابها الاول فقد سبق ولا يرميان ما بعدها ، وان أصابها الاخر وحده رميا ما بعدها ، وهكذا كل موضع كان فى اتمام الرشق فائدة لاحدهما لزم اتمامه وان يئس من الفائدة لم يلزم اتمامه ، فإذا بقى من العدد ما يمكن أن يسبق أحدهما به سبق صاحبه لزم الاتمام والا فلا .

فإذا كان السبق يحصل بثلاث اصابات من عشرين فرميا ثمانى عشرة فأخطآها أو أصاباها أو تساويا فى الاصابه فيها لم يلزم اتمام الرشق لان أكثر ما يحتمل أن يصيب أحدهما هاتين الرميتين ويخطئهما الآخر ولا يحصل السبق بذلك ،

وكذلك إن فضل أحدهما الاخر بخمس إصابات فما زاد لم يلزم الاتمام لأن إصابة الاخر بالسهمين الباقيين لا يخرج الاخر عن كونه فاضلا بثلاث إصابات وان لم يفضله الا بأربع رميا السهم الاخر ، فإن أصابه المفضول وحده فعليهما رمى الاخر فإن أصابه المفضول أيضا سقط سبق الأول ، وان أخطآ فى أحد السهمين أو أصاب الأول فى أحدهما فهو سابق .

فصل

الثالث أن يقولا : أينا أصاب خمساً من عشرين فهو سابق فمتى أصاب أحدهما خمسا من العشرين ولم يصبها الاخر فالاول سابق : وان أصاب كل واحد منهما خمسا أو لم يصب واحد منهما خمسا فلا سابق فيهما وهذه فى معنى المحاطه فى أنه يلزم إتمام الرشق ما كان فى اتمامه فائدة ، فإذا خلا عن الفائدة لم يلزم اتمامه ومتى أصاب كل واحد منهما خمسا لم يلزم اتمامه ولم يكن فيهما سابق ، فان رميا ست عشرة رمية ولم يصب واحد منهما شيئا لم يلزم اتمامه ولا سابق فيهما لأن أكثر ما يحتمل أن يصيب أحدهما الأربعة كلها ولا يحصل السبق بذلك .

واختلف أصحابنا : فقال أبو الخطاب : لا بد من معرفة الرمى هل هو مبادرة أو محاطه أو مفاضلة ؟ لأن غرض الرماة يختلف فمنهم من تكثر اصابته فى الابتداء دون الانتهاء ومنهم من هو بالعكس فوجب بيان ذلك ليعلم مادخل فيه ، وظاهر كلام القاضى أنه لا يحتاج الى اشتراط ذلك لان مقتضى النضال المبادرة ، وأن من بادر الى الإصابة فهو السابق فانه اذا شرط أن السبق لمن أصاب خمسة من عشرين فسبق اليها واحد فقد وجد الشرط . ولاصحاب الشافعى وجهان كهذين .

(فصل) فان شرط اصابة موضع من الهدف على أن يسقط ما قرب من اصابة أحدهما ما بعد من اصابة الاخر ففعل ثم فضل أحدهما الاخر بما شرطاه كان سابقا ، ذكره القاضى وهو مذهب الشافعى ، لأن هذا نوع من المحاطة فاذا أصاب أحدهما موضعا بينه وبين الغرض شبر وأصاب الآخر موضعا بينه وبين الغرض أقل من شبر أسقط الاول ، وان أصاب الاول الغرض أسقط الثانى فان أصاب الثانى الدائرة التى فى الغرض لم يسقط به الأول لأن الغرض كله موضع

للاصابة فلا يفضل احدهما صاحبه اذا أصاباه جميعا الا ان يشترطا ذلك ، وان شرطا ان يحسب كل واحد منهما خاسقه باصابتين جاز لان احدهما لم يفضل صاحبه فى شيء فقد استويا .

(فصـــل) والسنه ان يكون لهما غرضان يرميان احدهما ثم يمضيان اليه فيأخذان السهام يرميان الاخر ، لان هذا كان فعل اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ما بين الغرضين روضة من رياض الجنة » .

وقال ابراهيم التيمى : رأيت حذيفة يشتد بين الهدفين يقول : انا بها انا بها فى قميص ، وعن ابن عمر مثل ذلك ، والهدف ماينصب الغرض عليه اما تراب مجموع واما حائط ، ويروى عن اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انهم كانوا يشتدون بين الاغراض يضحك بعضهم الى بعض فاذا جاء الليل كانوا رهبانا ، فان جعلوا غرضا واحداً جاز لأن المقصود يحصل به وهو عادة اهل عصرنا .

ولا بد فى المناضله ان يبتدىء احدهما بالرمى لأنهما لو رميا معا افضى الى الاختلاف ولم يعرف المصيب منهما فان كان المخرج اجنبياً قدم من يختاره منهما فان لم يختر وتشاحا اقرع بينهما وايهما كان احق بالتقديم فبدره الآخر فرمى لم يعتد له بسهمه اصاب او اخطأ ، واذا بدأ احدهما فى وجه بدأ الاخر فى الثانى تعديلا بينهما ، وان شرطا البداءة لأحدهما فى كل الوجوه لم يصح لان موضوع المناضله على المساواة وهذا تفاضل فان فعل ذلك من غير شرط باتفاق منهما جاز لان البداءة لا اثر لها فى الاصابة ولا فى تجويد الرمى ، وان شرطا ان يبدأ كل واحد منهما من وجهين متواليين جاز لتساويهما .

ويحتمل ان يكون اشتراط البداءة فى كل موضع ذكرنا غير لازم ولا يؤثر فى العقد لانه لا اثر له فى تجويد رمى ولا كثرة اصابة ، وكثير من الرماة يختار التأخر على البداية فيكون وجود هذا الشرط كعدمه واذا رمى البادىء بسهم رمى الثانى بسهم كذلك حتى يقضيا رميهما لان اطلاق المناضلة يقتضى المراسله ولان ذلك اقرب الى التساوى وأنجز للرمى لان احدهما يصلح قوسه ويعدل سهمه

حتى يرمى الآخر، وان رميا بسهمين سهمين فحسن وهو العادة بين الرماة فيما رأينا وان اشترطا ان يرمى أحدهما رشقا ثم يرمى الاخر او يرمى احدهما عدداً ثم يرمى الاخر مثله جاز، لان هذا لا يؤثر فى مقصود المناضلة، وان خالف مقتضى الاطلاق كما يجوز ان يشترط فى البيع ما لا يقتضيه الاطلاق من النقود والخيار والاجل لما كان غير مانع من المقصود .

(فصل) وان شرطا ان يرميا أرشاقا كثيرة جاز لانه اذا جاز على القليل جاز على الكثير ولا بد ان تكون معلومة ثم ان شرطا ان يرميا منها كل يوم قدراً اتفقا عليه جاز لان الغرض فى هذا صحيح فانهما او احدهما قد يضعف عن الرمى كله مع حذقه ، وان أطلقا العقد جاز وحمل على التعجيل والحلول كسائر العقود فيرميان من أول النهار الى آخره الا ان يعرض عذر يمنع من مرض او ريح او تشوش السهام او لحاجته الى طعام او شراب او صلاة او قضاء حاجة لان هذه مستثناة بالعرف ، وكذلك المطر فانه يرخى الوتر ويفسد الرشق فاذا جاء الليل تركاه لان العادة ترك الرمى بالليل فحمل العقد عليه مع الاطلاق الا ان يشترطا الرمى ليلا فيأخذ احدهما صاحبه بذلك .

وان كانت الليله مقمرة منيرة اكتفى بذلك والا رميا فى ضوء شمعة او مشعل وان عرض عارض يمنع الرمى كما ذكرنا أو كسر قوس أو قطع وتر أو انكسر سهم جاز إبداله فان لم يمكن أخر الرمى حتى يزول العارض .

(فصل) فان أراد أحدهما التطويل والتشاغل عن الرمى بما لا حاجة اليه من مسح القوس والوتر ونحو ذلك ارادة التطويل على صاحبه لعله ينسى القصد الذى أصاب به أو يفتر ، منع من ذلك وطولب بالرمى ولا يدهش بالاستعجال بالكلية بحيث يمنع من تحرى الاصابة ويمنع كل واحد منهما من الكلام الذى يغيظ به صاحبه مثل أن يرتجز ويفتخر ويتبجح بالاصابة ويعنف صاحبه على الخطأ أو يظهر له أنه يعلمه ، وهكذا الحاضر معهما مثل الامير والشاهدين وغيرهم يكره لهم مدح المصيب وزهزهته وتعنيف المخطيء وزجره لان فيه كسر قلب أحدهما وغيظه

(فصل) واذا تشاحا فى موضع الوقوف فان كان ما طلبه أحدهما اولى مثل

أن يكون فى أحد الموقفين يستقبل الشمس أو ريحا يؤذيه استقبالها ونحو ذلك ، والآخر يستدبرها ، قدم قول من طلب استدبارها لأنه العرف ، إلا أن يكون فى شرطهما استقبال ذلك فالشرط أملك كما قلنا فى الرمى ليلا ، وإن كان الموقفان سواء كان ذلك إلى الذى له البداءة فيتبعه الاخر ، فإذا كان فى الوجه الثانى وقف حيث شاء ويتبعه الأول .

(فصل) ويجوز عقد النضال على جماعة لانه يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم مر على أصحاب له ينتضلون فقال «ارموا وأنا مع ابن الادرع» فأمسك الاخرون وقالوا كيف نرمى وأنت مع ابن الادرع ؟ قال «ارموا وأنا معكم كلكم» رواه البخارى ، ولانه إذا جاز ان يكونا اثنين جاز ان يكونوا جماعتين ، لان المقصود معرفة الحذق ، وهذا يحصل فى الجماعتين فجاز كما فى سباق الخيل . وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم سبق بين الخيل المضمرة وسبق بين الخيل التى لم تضمر وعلى هذا يكون كل حزب بمنزلة واحد ، فإن عقد النضال جماعة ليتناضلوا حزبين فذكر القاضى انه يجوز وهو مذهب الشافعى

ويحتمل أن لا يجوز لأن التعيين شرط وقبل التفاضل لم يتعين من فى كل واحد من الحزبين ، فعلى هذا إذا تفاضلوا عقدوا النضال بعده

وعلى قول القاضى يجوز العقد قبل التفاضل ولا يجوز أن يقتسموا بالقرعة لأنها ربما وقعت على الحذاق فى أحد الحزبين وعلى الكوادن فى الاخر فيبطل مقصود النضال بل يكون لكل حزب رئيس فيختار أحدهما واحداً ثم يختار الاخر واحداً كذلك حتى يتفاضلوا جميعا ، ولا يجوز أن يجعل الخيار إلى أحدهما فى الجميع ولا ان يختار جميع حزبه أولا لأنه يختار الحذاق كلهم فى حزبه ولا يجوز أن يجعل رئيس الحزبين واحداً لانه يميل الى حزبه فتلحقه التهمة ، ولا يجوز ان يختار كل واحد من الرئيسين أكثر من واحد لانه أبعد من التساوى ، واذا اختلفا فى المبتدىء بالخيار منهما أقرع بينهما .

ولو قال أحدهما أنا أختار أولا وأخرج السبق أو يخرجه أصحابى لم يجز لأن السبق إنما يستحق بالسبق لا فى مقابلة تفضل أحدهما بشىء

(فصل) وإذا خرج أحد الزعيمين السبق من عنده فسبق حزبه لم يكن على حزبه

شيء لأنه جعله على نفسه دونهم ، وان شرطه عليهم فهو عليهم بالسوية ويكون للحزب الاخر بالسوية من أصاب منهم ومن لم يصب فى أحد الوجهين، كما انه على الحزب الاخر بالسوية ، وفى الوجه الاخر يقسم بينهم على قدر الاصابة ليس لمن لم يصب منهم شيء لأن استحقاقه بالاصابة فكان على قدرها ، واختص بمن وجدت منه بخلاف المسبوقين فإنه وجب عليهم لالتزامهم له وقد استووا فى ذلك

(فصل) ومتى كان النضال بين حزبين اشترط كون الرشق يمكن قسمه بينهم بغير كسر ويتساوون فيه فإن كانوا ثلاثة وجب أن يكون له ثلث ، وان كانوا أربعة وجب أن يكون له ربع ، وكذلك ما زاد لأنه اذا لم يكن كذلك بقي سهم أو أكثر لا يمكن الجماعة الاشتراك فيه .

(فصل) واذا كانوا حزبين فدخل معهم رجل لا يعرفونه فى أحد الحزبين وكان يحسن الرمي جاز ، وان كان لا يحسنه بطل العقد فيه وأخرج من الحزب الاخر من جعل بإزائه لأن كل واحد يجعل فى مقابلته آخر أو يختار أحد الزعيمين واحداً ويختار الاخر آخر فى مقابلته وهل يبطل فى الباقين؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة .

فإن قلنا : لا يبطل فلكل حزب الخيار لتبعيض الصفقة فى حقهم ، وان بان رامياً لكنه قليل الاصابة فقال حزبه ظنناه كثير الإصابة أو لم نعلم حاله أو بان كثير الإصابة فقال الحزب الاخر ظنناه قليل الإصابة لم يسمع ذلك منهم وكان كمن عرفوه لان شرط دخوله ان يكون فى العقد من أهل الصنعة دون الحذق كالو اشترى عبداً على أنه كاتب فبان حاذقا أو ناقصا فيها لم يؤثر .

(فصل) ولا يجوز أن يقولوا نقرع فمن خرجت قرعته فهو السابق ولا أن من خرجت قرعته فالسبق عليه ولا ان يقولوا نرمى فأينا أصاب فالسبق على الاخر لانه عوض فى عقد فلا يستحق بالقرعة ولا بالإصابة ، وان شرطوا أن يكون فلان مقدم حزب وفلان مقدم الاخر ثم فلان ثانيا من الحزب الأول وفلان ثانيا من الحزب الثانى كان فاسداً . لان تقديم كل واحد من الحزب يكون الى زعيمه وليس للحزب الاخر مشاركته فى ذلك فاذا شرطوه كان فاسداً .

(فصل) واذا تناضل اثنان وأخرج أحدهما السبق . فقال اجنبي : أنا

شريكك فى الغنم والغرم ان نضلك فنصف السبق على وإن نضلته فنصفه لى لم يجز وكذلك لو كان المتناضلون ثلاثة فيهم محلل فقال رابع للمستبقين أنا شريككما فى الغنم والغرم كان باطلا ، لأن الغنم والغرم إنما يكون من المناضل ، فأما من لا يرمى فلا يكون له غنم ولا غرم ، ولو شرطا فى النضال انه اذا جلس المسبق كان عليه السبق لم يجز لأن السبق على النضال ، وهذا الشرط يخالف مقتضى النضال فكان فاسداً .

(فصل) ولو فضل أحد المتناضلين صاحبه فقال المفضول . اطرح فضلك وأعطيك ديناراً لم يجز لأن المقصود معرفة الحذق ، وذلك يمنع منه وإن فسخا العقد وعقدا عقداً آخر جاز ، وإن لم يفسخاه ولكن رميا تمام الرشق فتمت الاصابة له مع ما أسقطه استحق السبق ورد الدينار ان كان أخذه .

(فصل) اذا كان شرطهما خواصل وهى الاصابة المطلقة اعتد بها كيفما وجدت بشرط أن يصيب بنصل السهم فإن أصاب بعرضه أو بفوقه نحو أن ينقلب السهم بين يدى الغرض فيصيب فوقه الغرض لم يعتد به لان هذا من سىء الخطأ ، وإن انقطع السهم قطعتين فأصابت القطعة الأخرى لم يحتسب به ، فإن كان الغرض جلداً خيط عليه شنبر كشنبر المنخل ، وجعلا له عرى وخيوطا تعلق به فى العرى فأصاب الشنبر أو العرى نظرت فى شرطهما فإن شرطا إصابة الغرض اعتد له لأن ذلك من الغرض . فأما المعاليق وهى الخيوط فلا يعتد له بإصابتها على كلا الشرطين لأنها ليست من الجلدة ولا من الغرض فأشبه اصابة الهدف

(فصل) وان أطارت الريح الغرض فوقع السهم فى موضعه فإن كان شرطهما خواصل احتسب له به لعلمنا انه لو كان الغرض فى موضعه أصابه ، وان كان شرطهما خواسق فقال القاضى ينظر فإن كانت صلابة الهدف كصلابة الغرض فثبت فى الهدف احتسب له به لأنه لو بقى مكانه لثبت فيه كثبوته فى الهدف ، وان لم يثبت فيه مع التساوى لم يحتسب ، وان كان الهدف أصلب فلم يثبت فيه أو كان رخوا لم يحتسب السهم له ولا عليه لأننا لا نعلم هل كان يثبت فى الغرض لو بقى مكانه أو لا ؟ وهذا مذهب الشافعى .

وقال أبو الخطاب : إن كان شرطهما خواسق لم يحتسب له بالسهم الذى وقع فى موضعه ولا عليه لأننا لا ندرى هل يثبت فى الغرض لو كان موجوداً أو لا؟ وان وقع السهم فى غير موضع الغرض احتسب به على راميه لأنه خطأ ، ولو وقع فى الغرض فى الموضع الذى طار اليه حسب عليه أيضا لا له إلا أن يكونا اتفقا على رميه فى الموضع الذى طار اليه ، وكذلك الحكم إذا ألقت الريح الغرض على وجهه

(فصـــل)

واذا رمى فأخطأ لعارض من كسر قوس أو قطع وتر أو حيوان اعترض بين يديه وريح شديدة ترد السهم عرضاً لم يحسب عليه بذلك السهم لأن خطأه للعارض لا لسوء رميه .

قال القاضى ولو أصاب لم يحتسب له لأنه إذا لم يحتسب عليه لم يحتسب له ولأن الريح الشديدة كما يجوز أن تصرف الرمى الشديد فيخطىء يجوز أن تصرف السهم المخطىء عن خطئه فيقع مصيباً فتكون إصابته بالريح لا بحذق رميه ، فأما ان وقع السهم فى حائل بينه وبين الغرض فمرقه وأصاب الغرض حسب له لان إصابته لسداد رميه ومروقه لقوته فهو أولى من غيره ، وان كانت الريح لينة خفيفة ، لا ترد السهم عادة لم يمنع لأن الجو لا يخلو من ريح ولأن الريح اللينة لا تؤثر إلا فى الرمى الرخو الذى لا ينتفع به .

(فصل) وان كان شرطهما خواسق والخاسق ما ثقب الغرض وثبت فيه فمتى أصاب الغرض بنصله وثبت فيه حسب له وإن خدشه ولم يثقبه لم يحتسب له وحسب به عليه ، وإن مرق منه احتسب له به لان ذلك لقوة رميه فهو أبلغ من الخاسق وان خرقه وهو أن يثقبه ويقع بين يديه ففيه وجهان .

أحدهما : يحتسب له لانه ثقب ثقباً يصلح للخسق وإنما لم يثبت السهم لسبب آخر من سعة الثقب أو غيره .

والثانى : لا يحتسب له لان شرطهما الخواسق والخاسق ماثبت وثبوته يكون بحذق الرامى وقصده برميه ما اتفقا عليه ، فإن كان امتناع السهم من الثبوت لمصادفته مايمنع الثبوت من حصاة أو حجر أو عظم أو أرض غليظة ففيه الوجهان

إلا أنه إذا لم يحتسب له لم يعد عليه لأن العارض منعه من الثبوت فأشبه ما لو منعه عارض من الاصابة ، وان اختلفا فى وجود العارض نظرت فإن علم موضع الثقب باتفاقهما أو ببينة نظر فى الموضع فإن لم يكن فيه ما يمنع فالقول قول المنكر ، وان كان فيه ما يمنع فالقول قول المدعى ولا يمين لأن الحال تشهد بصدق ما ادعاه وان لم يعلما موضع الثقب إلا أنهما اتفقا على أنه خرق الغرض ولم يكن وراءه شيء يمنع فالقول قول المنكر بغير يمين أيضا لانه لا مانع ، وان كان وراءه ما يمنع وادعى المصاب عليه أنه لم يكن السهم فى موضع وراءه ما يمنع فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الإصابة مع احتمال ما يقوله المصيب وان أنكر أن يكون خرق أيضاً فالقول أيضا قوله مع يمينه لما ذكرناه .

(فصل) وإن شرطا خاسقا فوقع السهم فى نقب فى الغرض أو موضع بال فنقبه وثبت فى الهدف معلقا فى الغرض نظرت فإن كان الهدف صليبا كصلابة الغرض فثبت فيه حسب له لأنه علم أن الغرض لو كان صحيحا لثبت فيه ، وان كان الهدف ترابا أهيل لم يحتسب له ولا عليه لاننا لا نعلم هل كان يثبت فى الغرض لو أصاب موضعا منه قويا أو لا؟ وان صادف السهم فى ثقب فى الغرض قد ثبت فى الهدف مع قطعة من الغرض . فقال الرامى : خسقت ، وهذه الجلدة قطعها سهمى لشدة الرمية فأنكر صاحبه ، وقال : بل هى كانت مقطوعة ، فإن علم أن الغرض كان صحيحا فالقول قول الرامى ، وان اختلفا فذكر القاضى . أنها كالتى قبلها ان كان الهدف رخواً لم يعتد به ، وان كان قويا صلبا اعتد به ، وان وقع سهمه فى سهم ثابت فى الغرض اعتد له به فإن كان شرطهما خواسق لم يحتسب له به ولا عليه لأننا لا نعلم يقينا أنه لولا فوق السهم الثابت لخسق فإن أصاب السهم ثم سبح عنه فخسق احتسب له به .

(فصل) إذا قال رجل لآخر : ارم هذا السهم فإن أصبت به فلك درهم صح وكان جعالة لانه بذل مالا له فى فعل له فيه غرض صحيح ولم يكن هذا نضالا لان النضال يكون بين اثنين أو جماعة على أن يرموا جميعا ويكون الجعل لبعضهم إذا كان سابقا ، وان قال : ان أصبت به فلك درهم ، وإن أخطأت فعليك درهم لم يصح لأنه قمار .

وإن قال : ارم عشرة أسهم فإن كان صوابك أكثر من خطائك فلك درهم صح لأنه جعل الجعل فى مقابلة الإصابة المعلومة ، فإن أكثر العشرة أقله ستة وليس ذلك بمجهول لأنه بالاقل يستحق الجعل

وإن قال : ان كان صوابك أكثر فلك بكل سهم أصبت به درهم صح . وكذلك إن قال : ارم عشرة ولك بكل سهم أصبت به منها درهم . أو قال فلك بكل سهم زائد على النصف من المصيبات درهم لان الجعل معلوم بتقديره بالاصابة فأشبه ما لو قال : استق لى من هذا البئر ولك بكل دلو تمرة . أو قال : من رد عبداً من عبيدى فله بكل عبد درهم .

وإن قال : وإن كان خطؤك أكثر فعليك درهم أو نحو هذا لم يجز لانه قمار . وإن قال : ارم عشرة فان أخطأتها فعليك درهم أو نحو هذا لم يجز لان الجعل يكون فى مقابلة عمل ولم يوجد من القابل عمل يستحق به شيئا . ولو قال الرامى لأجنبى : إن أخطأت فلك درهم لم يصح لذلك

(فصل)

وإذا عقدا النضال ولم يذكرا قوسا فظاهر كلام القاضى انه يصح ويستويان فى القوس إما العربية واما العجمية . وقال غيره : لا يصح حتى يذكرا نوع القوس الذى يرميان عليه فى الابتداء لأن اطلاقه ربما أفضى الى الاختلاف ، وقد أمكن التحرز عنه بالتعيين للنوع فيجب ذلك .

وان اتفقا على أنهما يرميان بالنشاب فى الابتداء صح وينصرف الى الرمى بالقوس الاعجمية ، لأن سهامها هو المسمى بالنشاب وسهام العربية يسمى نبلا . فان عين نوعا من القسى لم يجز العدول عنها الى غيرها لأن أحدهما قد يكون أحذق بالرمى بأحد النوعين دون الاخر .

وان عينا قوسا بعينها لم تتعين لانها قد تنكسر ويحتاج الى ابدالها لأن الحذق لا يختلف باختلاف عين القوس بخلاف النوع . وان تناضلا على ان يرمى أحدهما بالعربية والاخر بالفارسية ، أو أحدهما بقوس الزنبور والاخر بقوس

الجرخ أو قوس الحسبان وهو قوس سهامه قصار يجعل فى مجرى مثل القصبة ثم يرمى بها ففيها وجهان .

أحدهما يصح ، وهو قول القاضى ومذهب الشافعى لانهما نوعا جنس فصحت المسابقة مع اختلافهما كالخيل والابل

والثانى لا تصح المسابقة مع اختلافهما لانهما يختلفان فى الاصابة لجرى مجرى المسابقة بين جنسين ، وكذلك الحكم فى المسابقة بين نوعى الخيل والابل .

(فصـــل)

وظاهر كلام أحمد اباحة الرمى بالقوس الفارسية ، ونص على جواز المسابقة بها . وقال أبو بكر بن جعفر : يكره ، لأنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه رأى مع رجل قوساً فارسية فقال « القها فانها ملعونة ، ولكن عليكم بالقسى العربية وبرماح القنا ، فبها يؤيد الله الدين ، وبها يمكن الله لكم فى الأرض » رواه الاثرم .

ولنا انعقاد الاجماع على الرمى بها واباحه حملها ، فان ذلك جار فى أكثر الاعصار وهى التى يحصل الجهاد بها فى عصرنا وأكثر الاعصار المتقدمة . وأما الخبر فيحتمل انه لعنها لان حملتها فى ذلك العصر العجم ولم يكونوا أسلموا بعد ومنع العرب من حملها لعـــدم معرفتهم بها ، ولهذا أمر برماح القنا ، ولو حمل انســـان رمحا غيرها لم يكن مذموما . وحكى أحمد أن قوما استدلوا على القسى الفارسية بقول الله تعالى (وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة) يعنى أن هذا مما استطاعه من القوة فيدخل فى عموم الاية .

« مسألة » قال ﴿ ولا يجوز اذا أرسل الفرسان أن يجنب أحدهما الى فرسه فرسا يحرضه على العدو ولا يصيح به وقت سباقه لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا جنب ولا جلب » ﴾

معنى الجنب أن يجنب المسابق الى فرسه فرسا لا راكب عليه يحرض الذى

تحته على العدو ويحثه عليه ، هذا ظاهر كلام الخرقى . وقال القاضى : معناه أن يجنب فرسا يتحول عند الغاية عليه لكونها أقل كلالا وإعياء .

قال ابن المنذر : كذا قيل ولا أحسب هذا يصح ، لأن الفرس التى يسابق عليها لابد من تعيينها فإن كانت التى يتحول عنها فما حصل السبق بها ، وان كانت التى يتحول اليها فما حصلت المسابقة بها فى جميع الحلبة ومن شرط السباق ذلك ولان هذا متى احتاج الى التحول والاشتغال به فربما سبق باشتغاله لا سرعة غيره ولان المقصود معرفة عدو الفرس فى الحلبة كلها فمتى كان انما يركبه فى آخر الحلبة فما حصل المقصود .

وأما الجلب : فهو أن يتبع الرجل فرسه يركض خلفه ويجلب عليه ويصيح وراءه يستحثه بذلك على العدو ، هكذا فسره مالك .

وقال قتادة : الجلب والجنب فى الرهان ، وروى عن أبى عبيد كقول مالك وحكى عنه أن معنى الجلب أن يحشر الساعى أهل الماشية ليصدقهم ، قال فلا يفعل ليأتهم على مياههم فيصدقهم ، والتفسير الاول هو الصحيح لما روى عمران بن حصين عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا جلب ولا جنب فى الرهان » رواه أبو داود .

وفى حديث على فى السباق وفى آخره « ولا جلب ولا جنب ولا شغار فى الاسلام » ويروى عن ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أجلب على الخيل يوم الرهان فليس منا »

كتاب الأيمان

الأصل فى مشروعيتها وثبوت حكمها الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله سبحانه (لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان) الاية ، وقال تعالى (ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها) وأمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالحلف فى ثلاثة مواضع فقال (ويستنبئونك أحق هو ؟ قل إى وربى إنه لحق وما أنتم بمعجزين) وقال تعالى (قل بلى وربى لتأتينكم) .

والثالث (قل بلى وربى لتبعثن) وأما السنه : فقول النبى صلى الله عليه وسلم « إنى والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذى هو خير وتحللتها » متفق عليه ، وكان أكثر قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم « ومصرف القلوب — ومقلب القلوب » ثبت هذا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى آى وأخبار سوى هذين كثير ، وأجمعت الأمة على مشروعية اليمين وثبوت أحكامها ، ووضعها فى الأصل لتوكيد المحلوف عليه .

(فصل) وتصح من كل مكلف مختار قاصد الى اليمين ، ولا تصح من غير مكلف كالصبى والمجنون والنائم لقوله عليه السلام « رفع القلم عن ثلاث » ولأنه قول يتعلق به وجوب حق فلم يصح من غير مكلف وفى السكران وجهان بناء على أن هذا مكلف أو غير مكلف ولا تنعقد يمين مكره ؛ وبه قال مالك والشافعى وقال أبو حنيفة : تنعقد لأنها يمين مكلف فانعقدت كيمين المختار .

ولنا ما روى أبو أمامة وواثلة بن الاسقع : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « ليس على مقهور يمين » ولأنه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح ككلمة الكفر .

(فصل) وتصح اليمين من الكافر وتلزمه الكفارة بالحنث سواء حنث فى كفره أو بعد إسلامه ، وبه قال الشافعى وأبو ثور وابن المنذر : إذا حنث بعد إسلامه ، وقال الثورى وأصحاب الرأى : لا ينعقد يمينه لأنه ليس بمكلف .

ولنا : أن عمر رضى الله عنه نذر فى الجاهلية أن يعتكف فى المسجد الحرام

فامره النبى صلى الله عليه وسلم بالوفاء بنذره ولأنه من أهل القسم بدليل قوله تعالى (فيقسمان بالله) ولا نسلم أنه غير مكلف ، وانما تسقط عنه العبادات بإسلامه ، لان الاسلام يجب ما قبله ، فأما ما يلزمه بنذره أو يمينه فينبغى أن يبقى حكمه فى حقه لانه من جهته .

(فصل)

ولا يجوز الحلف بغير الله وصفاته نحو : أن يحلف أبيه أو الكعبة أو صحابى أو إمام ، قال الشافعى أخشى أن يكون معصية . قال ابن عبد البر : وهذا أصل مجمع عليه ؛ وقيل يجوز ذلك لان الله تعالى أقسم بمخلوقاته فقال (والصافات صفا) (والمرسلات عرفا) (والنازعات غرقا) وقال النبى (ص) للأعرابى السائل عن الصلاة « أفلح وأبيه ان صدق » وقال فى حديث أبى العشراء « وأبيك لو طعنت فى نخذها لاجزأك » .

ولنا ما روى عمر بن الخطاب رضى الله عنه « أن النبى صلى الله عليه وسلم أدركه وهو يحلف بأبيه فقال : إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت ، قال عمر فما حلفت بها بعد ذلك ذاكرا ولا آثرا » متفق عليه ، يعنى ولا حاكيا لها عن غيرى .

وعن ابن عمر « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من حلف بغير الله فقد أشرك » قال الترمذى هذا حديث حسن ، وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من حلف باللات والعزى فليقل لا إله الا الله » .

وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من حلف بملة غير الاسلام كاذبا فهو كما قال » متفق عليه ، وفى لفظ « من حلف أنه برىء من الاسلام فإن كان قد كذب فهو كما قال ، وان كان صادقا لم يرجع الى الاسلام سالما » رواه أبو داود ، فأما قسم الله بمصنوعاته فانما أقسم به دلالة على قدرته وعظمته ، ولله تعالى أن يقسم بما شاء من خلقه ولا وجه للقياس على اقسامه ، وقد قيل : ان فى اقسامه اضمار القسم برب هذه المخلوقات فقوله (والضحى) أى ورب الضحى .

وأما قول النبى صلى الله عليه وسلم « أفلح وأبيه ان صدق » فقال ابن عبد البر

هذه اللفظة غير محفوظة من وجه صحيح فقد رواه مالك وغيره من الحفاظ فلم يقولوها فيه .

وحديث أبي العشراء قد قال أحمد لو كان يثبت ؟ يعني أنه لم يثبت ولهذا لم يعمل به الفقهاء في اباحة الذبح في الفخذ ، ثم لو ثبت فالظاهر أن النهي بعده لان عمر قد كان يحلف بها كما حلف بها النبي صلى الله عليه وسلم ثم نهى عن الحلف بها ، ولم يرد بعد النهي اباحة ؛ ولذلك قال عمر وهو يروي الحديث بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم « فما حلفت بها ذاكراً ولا آثراً » .

ثم ان لم يكن الحلف بغير الله محرما فهو مكروه ، فان حلف فليستغفر الله تعالى أو ليذكر الله تعالى كما قال النبي صلى الله عليه وسلم « من حلف باللات والعزى فليقل لا اله الا الله » لان الحلف بغير الله سيئة والحسنة تمحو السيئة ، وقد قال الله تعالى (ان الحسنات يذهبن السيئات) .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « اذا عملت سيئة فأتبعها حسنة تمحها » ولأن من حلف بغير الله فقد عظم غير الله تعظيما يشبه تعظيم الرب تبارك وتعالى : ولهذا سمي شركا لكونه أشرك غير الله مع الله تعالى في تعظيمه بالقسم به فيقول لا اله الا الله توحيداً لله تعالى وبراءة من الشرك ، وقال الشافعي : من حلف بغير الله تعالى فليقل : استغفر الله .

﴿ فصـــل ﴾

ويكره الافراط في الحلف بالله تعالى لقول الله تعالى (ولا تطع كل حلاف مهين) وهذا ذم له يقتضي كراهة فعله ، فان لم يخرج الى حد الافراط فليس بمكروه الا أن يقترن به ما يوجب كراهته ، ومن الناس من قال : الأيمان كلها مكروهه لقول الله تعالى (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم) .

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحلف كثيراً وقد كان يحلف في الحديث الواحد أيمانا كثيرة ، وربما كرر اليمين الواحدة ثلاثا فانه قال في خطبة الكسوف « والله يا أمة محمد ما أحد أغير من الله أن يزني عبده أو تزني أمته ، يا أمة محمد والله لو تعلمون ما أعلم لضحكتم قليلا ولبكيتم كثيراً » ولقيته امرأة من الانصار

معنا أولادها فقال «والذى نفسى بيده إنكم لأحب الناس إلى ثلاث مرات » وقال « والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا والله لأغزون قريشا » ولو كان هذا مكروها لكان النبي صلى الله عليه وسلم أبعد الناس منه . ولان الحلف بالله تعظيم له وربما ضم الى يمينه وصف الله تعالى بتعظيمه وتوحيده فيكون مثابا على ذلك . وقد روى « أن رجلا حلف على شيء فقال : والله الذى لا اله الا هو ما فعلت كذا ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: أما انه قد كذب ولكن قد غفر له بتوحيده» وأما الافراط فى الحلف فإنما كره لانه لا يكاد يخلو من الكذب والله أعلم .

فأما قوله (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم) فمعناه لا تجعلوا أيمانكم بالله مانعة لكم من البر والتقوى والاصلاح بين الناس، وهو أن يحلف بالله أن لا يفعل براً ولا تقوى ولا يصلح بين الناس ثم يمتنع من فعله ليبر فى يمينه ولا يحنث فيها فنهوا عن المضى فيها .

قال أحمد وذكر حديث ابن عباس بإسناده فى قوله تعالى (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم) « الرجل يحلف أن لا يصل قرابته ، وقد جعل الله له مخرجا فى التكفير فأمره أن لا يعتل بالله فليكفر وليبر » وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لأن يستلج أحدكم فى يمينه آثم له عند الله من أن يؤدى الكفارة التى فرض الله عليه » متفق عليه

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذى هو خير وكفر عن يمينك » وقال « انى والله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيرا منها الا أتيت الذى هو خير وتحللتها » متفق عليهما ، وان كان النهى عاد الى اليمين فالمنهى عنه الحلف على ترك البر والتقوى والاصلاح بين الناس لا على كل يمين فلا حجة فيها لهم اذاً .

(فصل) والأيمان تنقسم خمسة أقسام :

أحدها واجب ، وهى التى ينجى بها انسانا معصوما من هلكة ، كما روى عن سويد بن حنظلة قال « خرجنا نريد النبي صلى الله عليه وسلم ومعنا وائل بن حجر فأخذه عدو له فتحرج القوم أن يحلفوا وحلفت أنا انه أخى ، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : صدقت ، المسلم أخو المسلم »

رواه أبو داود والنسائي . فهذا ومثله واجب ، لأن انجاء المعصوم واجب وقد تعين فى اليمين فيجب وكذلك انجاء نفسه مثل أن تتوجه عليه أيمان القسامة فى دعوى القتل عليه وهو برىء .

الثانى : مندوب ؛ وهو الحلف الذى تتعلق به مصلحة من اصلاح بين متخاصمين أو ازالة حقد من قلب مسلم عن الحالف أو غيره أو دفع شر فهذا مندوب لأن فعل هذه الامور مندوب اليه واليمين مفضية اليه ، وان حلف على فعل طاعة أو ترك معصية ففيه وجهان .

أحدهما : انه مندوب اليه ، وهو قول بعض أصحابنا وأصحاب الشافعى ، لأن ذلك يدعوه الى فعل الطاعات وترك المعاصى .

والثانى : ليس بمندوب اليه لأن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه لم يكونوا يفعلون ذلك فى الاكثر الاغلب ولا حث النبى صلى الله عليه وسلم أحداً عليه ولا ندبه اليه ولو كان ذلك طاعة لم يخلوا به ولأن ذلك يجرى مجرى النذر ، وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن النذر وقال « انه لا يأتى بخير وانما يستخرج به من البخيل » متفق عليه

الثالث : المباح مثل الحلف على فعل مباح أو تركه والحلف على الخبر بشىء هو صادق فيه أو يظن انه فيه صادق ، فإن الله تعالى قال (لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم) ومن صور اللغو أن يحلف على شىء يظنه كما حلف عليه ويبين بخلافه ، فأما الحلف على الحقوق عند الحاكم ففيه وجهان .

أحدهما : ان تركه أولى من فعله فيكون مكروها ذكر ذلك أصحابنا وأصحاب الشافعى لما روى « ان عثمان والمقداد تحاكما الى عمر فى مال استقرضه المقداد فجعل عمر اليمين على المقداد فردها على عثمان فقال عمر لقد أنصفك فأخذ عثمان ما أعطاه المقداد ولم يحلف ، فقال خفت أن يوافق قدر بلاء فيقال بيمين عثمان »

والثانى : انه مباح فعله كتركه ، لأن الله تعالى أمر نبيه بالحلف على الحق فى ثلاثة مواضع ، وروى محمد بن كعب القرظى أن عمر قال على المنبر وفى يده عصا : يا أيها الناس لا تمنعكم اليمين من حقوقكم فو الذى نفسى بيده ان فى يدى لعصا .

وروى عمر بن شبة فى كتاب قضاة البصرة بإسناده عن الشعبى « أن عمر وأبيا تحاكما إلى زيد فى نخل ادعاه ابى ، فتوجهت اليمين على عمر فقال زيد : إعف أمير المؤمنين ، فقال عمر ولم يعف أمير المؤمنين ؟ إن عرفت شيئا استحققته بيمينى وإلا تركته ، والله الذى لا إله إلا هو ان النخل لنخلى وما لأبى فيه حق فلما خرجا وهب النخل لأبى ، فقيل له يا أمير المؤمنين : هلا كان هذا قبل اليمين ؟ فقال خفت أن لا أحلف فلا يحلف الناس على حقوقهم بعدى فيكون سنة » ولأنه حلف صدق على حق فأشبه الحلف عند غير الحاكم .

الرابع : المكروه وهو الحلف على فعل مكروه أو ترك مندوب ، قال الله تعالى (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس)

وروى أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه « حلف لا ينفق على مسطح بعد الذى قال لعائشة ما قال ، وكان من جملة أهل الإفك الذين تكلموا فى عائشة رضى الله عنها فأنزل الله تعالى (ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة أن يؤتوا أولى القربى والمساكين والمهاجرين فى سبيل الله وليعفوا وليصفحوا) »

وقيل المراد بقوله (ولا يأتل) أى لا يمتنع ، ولان اليمين على ذلك مانعة من فعل الطاعة أو حاملة على فعل المكروه فتكون مكروهة

فإن قيل لو كانت مكروهة لانكر النبى صلى الله عليه وسلم على الاعرابى الذى سأله عن الصلوات فقال : هل علىّ غيرها ؟ فقال لا إلا أن تطوع ، فقال والذى بعثك بالحق لا أزيد عليها ولا أنقص منها ، ولم ينكر عليه النبى صلى الله عليه وسلم بل قال « أفلح الرجل ان صدق »

قلنا لا يلزم هذا فإن اليمين على تركها لا تزيد على تركها ولو تركها لم ينكر عليه ، ويكفى فى ذلك بيان أن ما تركه تطوع ، وقد بينه له النبى صلى الله عليه وسلم بقوله « إلا أن تطوع » ولان هذه اليمين ان تضمنت ترك المندوب فقد تناولت فعل الواجب والمحافظة عليه كله بحيث لا ينقص منه شيئا . وهذا فى الفضل يزيد على ما قابله من ترك التطوع فيترجح جانب الاثبات بها على تركها فيكون من قبيل المندوب فكيف ينكر؟ ولان فى الاقرار على هذه اليمين بيان حكم محتاج اليه وهو

بيان أن ترك التطوع غير مؤاخذ به فلو أنكر على الحالف لحصل ضد هذا وتوهم كثير من الناس لحوق الاثم بتركه فيفوت الغرض ، ومن قسم المكروه الحلف في البيع والشراء ، فان النبي (ص) قال «الحلف منفق للسلعة ممحق للبركة» رواه ابن ماجه

القسم الخامس · المحرم وهو الحلف الكاذب فان الله تعالى ذمه بقوله تعالى (ويحلفون على الكذب وهم يعلمون) ولان الكذب حرام ، فاذا كان محلوفا عليه كان أشد في التحريم ، وان أبطل به حقا أو اقتطع به مال معصوم كان أشد ، فانه روى عن النبي (ص) انه قال «من حلف يمينا فاجرة يقتطع بها مال امرىء مسلم لقى الله وهو عليه غضبان» وأنزل الله عز وجل في ذلك (ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الاخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم) ومن هذا القسم الحلف على فعل معصية أو ترك واجب فان المحلوف عليه حرام فكان الحلف حراما لانه وسيلة إليه والوسيلة تأخذ حكم المتوسل إليه .

(فصل) ومتى كانت اليمين على فعل واجب أو ترك محرم كان حلها محرما ، لان حلها بفعل المحرم وهو محرم ، وان كانت على فعل مندوب أو ترك مكروه فحلها مكروه ، وان كانت على فعل مباح فحلها مباح ، فان قيل وكيف يكون حلها مباحاً وقد قال الله تعالى (ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها) ؟ قلنا : هذا في الايمان في العهود والمواثيق بدليل قوله تعالى (وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها ـ إلى قوله ـ تتخذون أيمانكم دخلا بينكم ان تكون أمة هي أربى من أمة) والعهد يجب الوفاء به بغير يمين فمع اليمين أولى ، فان الله تعالى قال (وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم) وقال (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) ولهذا نهى عن نقض اليمين ، والنهى يقتضى التحريم وذمهم عليه وضرب لهم مثل التى نقضت غزلها من بعد قوة انكاثا . ولا خلاف في ان الحل المختلف فيه لا يدخله شيء من هذا ، وان كانت على فعل مكروه او ترك مندوب فحلها مندوب اليه فان النبي صلى الله عليه وسلم قال «اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فائت الذى هو خير وكفر عن يمينك» وقال النبي صلى الله عليه وسلم «انى والله إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها إلا أتيت الذى هو خير وتحللتها»

وان كانت اليمين على فعل محرم أو ترك واجب فحلها واجب . لان حلها بفعل الواجب وفعل الواجب واجب .

« مسأله » قال (ومن حلف أن يفعل شيئاً فلم يفعله أو لا يفعل شيئا ففعله فعليه الكفارة) .

لاخلاف فى هذا عند فقهاء الامصار . قال ابن عبدالبر : اليمين التى فيها الكفارة بإجماع المسلمين هى التى على المستقبل من الافعال . وذهبت طائفة الى أن الحنث متى كان طاعة لم يوجب كفارة ، وقال قوم : من حلف على فعل معصية فكفارتها تركها ، وقال سعيد بن جبير اللغو أن يحلف الرجل فيما لا ينبغى له ، يعنى فلا كفارة عليه فى الحنث .

وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا فى معصية الله تعالى ولا فى قطيعة رحم ، ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليدعها وليأت الذى هو خير فان تركها كفارة » رواه أبو داود . ولان الكفارة انما تجب لرفع الاثم ولا اثم فى الطاعه . ولان اليمين كالنذر ولا نذر فى معصية الله تعالى .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » وقال «انى والله ان شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها الا أتيت الذى هو خير وكفرت عن يمينى» أخرجه البخارى . وحديثهم لا يعارض حديثنا لان حديثنا أصح منه وأثبت . ثم انه يحتمل أن تركها كفارة لاثم الحلف ، والكفارة المختلف فيها كفارة المخالفه . وقولهم ان الحنث طاعه ، قلنا فاليمين غير طاعه فتلزمه الكفارة للمخالفه ولتعظيم اسم الله تعالى اذا حلف به ولم يبر بيمينه .

اذا ثبت هذا نظرنا فى يمينه فان كانت على ترك شىء ففعله حنث . ووجبت الكفارة ، وان كانت على فعل شىء فلم يفعله ، وكانت يمينه مؤقته بلفظه أو نيته أو قرينة حاله ففات الوقت حنث وكفر . فان كانت مطلقه لم يحنث الا بفوات

وقت الامكان . لأنه ما دام فى الوقت والفعل ممكن فيحتمل أن يفعل فلا يحنث ولهذا قال عمر للنبي صلى الله عليه وسلم « ألم تخبرنا أنا نأتى البيت ونطوف به ؟ قال : فأخبرتك أنك تأتيه العام ؟ قال : لا . قال : فإنك آتيه ومطوف به » وقد قال الله تعالى (قل بلى وربى لتبعثن) وهو حق ولم يأت بعد .

« مسألة » قال (وان فعله ناسياً فلا شىء عليه إذا كانت اليمين بغير الطلاق والعتاق)

وجملة ذلك : أن من حلف أن لا يفعل شيئا ففعله ناسيا فلا كفارة عليه نقله عن أحمد الجماعة إلا فى الطلاق والعتاق فانه يحنث ، هذا ظاهر المذهب واختاره الخلال وصاحبه ، وهو قول أبى عبيد .

وعن أحمد رواية أخرى : أنه لا يحنث فى الطلاق والعتاق أيضا ، وهذا قول عطاء وعمرو بن دينار وابن أبى نجيح وإسحاق قالوا لا حنث على الناسى فى طلاق ولا غيره وهو ظاهر مذهب الشافعى لقوله تعالى (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله تجاوز لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه غير قاصد للمخالفة فلم يحنث كالنائم والمجنون ، ولانه أحد طرفى اليمين فاعتبر فيه القصد كحالة الابتداء بها .

وعن أحمد رواية أخرى . أنه يحنث فى الجميع وتلزمه الكفارة فى اليمين المكفرة وهو قول سعيد بن جبير ومجاهد والزهرى وقتادة وربيعة ومالك وأصحاب الرأى والقول الثانى للشافعى ، لانه فعل ما حلف عليه قاصداً لفعله فلزمه الحنث كالذاكر وكما لو كانت اليمين بالطلاق والعتاق .

ولنا على أن الكفارة لا تجب فى اليمين المكفرة : ما تقدم ، ولانها تجب لرفع الاثم ، ولا إثم على الناسى . وأما الطلاق والعتاق ، فهو معلق بشرط فيقع بوجود شرطه من غير قصد ، كما لو قال : أنت طالق إن طلعت الشمس أو قدم الحاج .

(فصل) وان فعله غير عالم بالمحلوف عليه كرجل حلف لا يكلم فلانا فسلم عليه يحسبه أجنبيا أو حلف أنه لا يفارق غريمه حتى يستوفى حقه فأعطاه قدر

حقه ففارقه ظنا منه أنه قد بر فوجد ما أخذه رديئا ، أو حلف لا بعت لزيد ثوبا فوكل زيد من يدفعه الى من يبيعه فدفعه الى الحالف فباعه من غير علمه فهو كالناسى لانه غير قاصد للمخالفة أشبه الناسى .

(فصل) والمكره على الفعل ينقسم قسمين .

أحدهما أن يلجأ اليه مثل من يحلف لا يدخل داراً فحمل فأدخلها أو لا يخرج منها فاخرج محمولا أو مدفوعا بغير اختياره ولم يمكنه الامتناع ، فهذا لا يحنث فى قول أكثرهم ، وبه قال أصحاب الرأى ، وقال مالك : ان دخل مربوطا لم يحنث وذلك لانه لم يفعل الدخول والخروج فلم يحنث كما لو لم يوجد ذلك .

الثانى : أن يكره بالضرب والتهديد بالقتل ونحوه فقال أبو الخطاب : فيه روايتان كالناسى وللشافعى قولان ، وقال مالك وأبو حنيفة : يحنث لان الكفارة لا تسقط بالشبهة فوجبت مع الاكراه والنسيان كـكفارة الصيد .

ولنا : قول النبى صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه نوع إكراه فلم يحنث به كما لو حمل ولم يمكنه الامتناع ولان الفعل لا ينسب اليه فأشبه من لم يفعله ولا نسلم الكفارة فى الصيد بل إنما تجب على المكره والله أعلم .

« مسألة » قال (ومن حلف على شىء وهو يعلم أنه كاذب فلا كفارة عليه لان الذى أتى به أعظم من أن تكون فيه الكفارة)

هذا ظاهر المذهب نقله الجماعة عن أحمد ، وهو قول أكثر أهل العلم منهم : ابن مسعود وسعيد بن المسيب والحسن ومالك والاوزاعى والثورى والليث وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الحديث وأصحاب الرأى من أهل الكوفة وهذه اليمين تسمى يمين الغموس لانها تغمس صاحبها فى الاثم .

قال ابن مسعود « كنا نعد من اليمين التى لا كفارة لها : اليمين الغموس » وعن سعيد بن المسيب قال : هى من الكبائر وهى أعظم من أن تكفر ؛ وروى عن أحمد أن فيها الكفارة ، وروى ذلك عن عطاء والزهرى والحكم والبتى وهو قول الشافعى لانه وجدت منه اليمين بالله تعالى والمخالفة مع القصد فلزمته الكفارة كالمستقبلة

ولنا أنها يمين غير منعقدة فلا توجب الكفارة كاللغو أو يمين على ماض فأشبهت اللغو وبيان كونها غير منعقدة أنها لا توجب براً ولا يمكن فيها ولأنه قارنها ما ينافيها وهو الحنث فلم تنعقد كالنكاح الذى قارنه الرضاع ولأن الكفارة لا ترفع إثمها فلا تشرع فيها ودليل ذلك أنها كبيرة فإنه يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس » رواه البخارى .

وروى فيه « خمس من الكبائر لا كفارة لهن : الاشراك بالله ، والفرار من الزحف ، وبهت المؤمن ، وقتل المسلم بغير حق ، والحلف على يمين فاجرة يقتطع بها مال امرىء مسلم » ولا يصح القياس على المستقبلة لأنها يمين منعقدة يمكن حلها والبر فيها وهذه غير منعقدة فلا حل لها ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « فليكفر عن يمينه وليأت الذى هو خير » يدل على أن الكفارة إنما تجب بالحلف على فعل يفعله فيما يستقبله . قاله ابن المنذر

« مسألة » قال (والكفارة إنما تلزم من حلف يريد عقد اليمين)

وجملته . أن اليمين التى تمر على لسانه فى عرض حديثه من غير قصد اليها لا كفارة فيها فى قول أكثر أهل العلم لأنها من لغو اليمين ، نقل عبد الله عن أبيه أنه قال : اللغو عندى أن يحلف على اليمين يرى أنها كذلك والرجل يحلف فلا يعقد قلبه على شىء .

وممن قال إن اللغو اليمين التى لا يعقد عليها قلبه : عمر وعائشة رضى الله عنهما وبه قال عطاء والقاسم وعكرمة والشعبي والشافعى ، لما روى عن عطاء قال : قالت عائشة إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يعنى اللغو فى اليمين « هو كلام الرجل فى بيته : لا والله وبلى والله » أخرجه أبو داود ، قال ورواه الزهرى وعبد الملك ابن أبى سليمان ومالك بن مغول عن عطاء عن عائشة موقوفا .

وروى الزهرى أن عروة حدثه عن عائشة قالت « أيمان اللغو ما كان فى المراء والهزل والمزاحة والحديث الذى لا يعقد عليه القلب ، وأيمان الكفارة كل يمين حلف عليها على وجه من الأمر فى غضب أو غيره ليفعلن أو ليتركن فذلك

عقد الأيمان التي فرض الله تعالى فيها الكفارة ، ولأن اللغو في كلام العرب الكلام غير المعقود عليه وهذا كذلك ، وممن قال لا كفارة في هذا : ابن عباس وأبو هريرة وأبو مالك وزرارة بن أوفى والحسن والنخعي ومالك ، وهو قول من قال : إنه من لغو اليمين ولا نعلم في هذا خلافا .

ووجه ذلك قول الله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين) فجعل الكفارة لليمين التي يؤاخذ بها ونفى المؤاخذة باللغو فيلزم انتفاء الكفارة ، ولأن المؤاخذة يحتمل أن يكون معناها إيجاب الكفارة بدليل أنها تجب في الأيمان التي لا مأثم فيها وإذا كانت المؤاخذة إيجاب الكفارة فقد نفاها في اللغو فلا تجب ، ولأنه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا في عصرهم فكان إجماعا ، ولأن قول عائشة في تفسير اللغو وبيان الأيمان التي فيها الكفارة خرج منها تفسيراً لكلام الله تعالى وتفسير الصحابي مقبول .

« مسألة » قال (ومن حلف على شيء يظنه كما حلف فلم يكن فلا كفارة عليه لأنه من لغو اليمين)

أكثر أهل العلم على أن هذه اليمين لا كفارة فيها ، قاله ابن المنذر يروى هذا عن ابن عباس وأبي هريرة وأبي مالك وزراره بن أوفى والحسن والنخعي ومالك وأبي حنيفة والثوري ، وممن قال هذا لغو اليمين مجاهد وسليمان بن يسار والأوزاعي والثوري وأبو حنيفة وأصحابه وأكثر أهل العلم على أن لغو اليمين لا كفارة فيه .

وقال ابن عبد البر : أجمع المسلمون على هذا ، وقد حكي عن النخعي في اليمين على شيء يظنه حقا فيتبين بخلافه أنه من لغو اليمين وفيه الكفارة وهو أحد قولي الشافعي ، وروى عن أحمد أن فيه الكفارة وليس من لغو اليمين لان اليمين بالله تعالى وجدت مع المخالفة فأوجبت الكفارة كاليمين على مستقبل .

ولنا قول الله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم) وهذه منه ، ولأنها يمين غير منعقدة فلم تجب فيها كفارة كيمين الغموس ولانه غير مقصود للمخالفة

فاشبه ما لو حنث ناسيا ، وفى الجملة لا كفارة فى يمين على ماض لأنها تنقسم ثلاثة أقسام : ما هو صادق فيه فلا كفارة فيه إجماعا ، وما تعمد الكذب فيه فهو يمين الغموس لا كفارة فيها لانها أعظم من أن تكون فيها كفارة ، وما يظنه حقا فيتبين بخلافه فلا كفارة فيه لانه من لغو اليمين .

فأما اليمين على المستقبل فما عقد عليه قلبه وقصد اليمين عليه ثم خالف فعليه الكفارة ومالم يعقد عليه قلبه ولم يقصد اليمين عليه وانما جرت على لسانه فهو من لغو اليمين وكلام عائشة يدل على هذا فإنها قالت أيمان اللغو ما كان فى المراء والمزاحة والهزل ، والحديث الذى لا يعقد عليه القلب ، وأيمان الكفارة كل يمين حلف عليها على وجه من الامر فى غضب أو غيره ليفعلن أو ليتركن فذلك عقد الايمان التى فرض الله فيها الكفارة .

وقال الثورى فى جامعه : الايمان أربعة يمينان يكفران وهو أن يقول الرجل والله لا أفعل فيفعل أو يقول والله لافعلن ثم لا يفعل ويمينان لايكفران أن يقول والله ما فعلت وقد فعل أو يقول والله لقد فعلت وما فعل

«مسألة» قال (واليمين المكفرة أن يحلف بالله عز وجل أو باسم من أسمائه)

أجمع أهل العلم على أن من حلف بالله عز وجل فقال والله أو بالله أو تالله فحنث أن عليه الكفارة

قال ابن المنذر : وكان مالك والشافعى وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى يقولون من حلف باسم من أسماء الله تعالى فحنث أن عليه الكفارة ولا نعلم فى هذا خلافا اذا كان من أسماء الله عز وجل التى لا يسمى بها سواه وأسماء الله تنقسم ثلاثة أقسام :

أحدها ما لا يسمى بها غيره نحو قوله والله والرحمن، والاول الذى ليس قبله شيء والاخر الذى ليس بعده شيء ورب العالمين ومالك يوم الدين ورب السموات والارض والحى الذى لا يموت ونحو هذا فالحلف بهذا يمين بكل حال .

والثانى مايسمى به غير الله تعالى مجازا وإطلاقه ينصرف إلى الله تعالى مثل: الخالق والرازق والرب والرحيم والقادر والقاهر والملك والجبار ونحوه فهذا يسمى به

غير الله مجازاً بدليل قول الله تعالى (وتخلقون إفكا وتذرون أحسن الخالقين[١]) وقوله (ارجع الى ربك — واذكرني عند ربك — فأنساه الشيطان ذكر ربه) وقال (فارزقوهم منه) وقال (بالمؤمنين رءوف رحيم . فهذا إن نوى به اسم الله تعالى أو أطلق كان يمينا لأنه بإطلاقه ينصرف اليه ، وإن نوى به غير الله لم يكن يمينا لأنه يستعمل في غيره فينصرف بالنية إلى ما نواه ، وهذا مذهب الشافعي ، وقال طلحة العاقولي : إذا قال والرب والخالق والرازق كان يمينا على كل حال كالأول لأنها لا تستعمل مع التعريف بلام التعريف إلا في اسمه تعالى فأشبهت القسم الأول .

الثالث : ما يسمى به الله تعالى وغيره ولا ينصرف اليه بإطلاقه كالحي والعالم والموجود والمؤمن والكريم والشاكر ، فهذا إن قصد به اليمين باسم الله تعالى كان يمينا ، وإن أطلق أو قصد غير الله تعالى لم يكن يمينا فيختلف هذا القسم والذي قبله في حالة الاطلاق ففي الأول يكون يمينا وفي الثاني لا يكون يمينا .

وقال القاضي والشافعي : في هذا القسم لا يكون يمينا وإن قصد به اسم الله تعالى لأن اليمين انما تنعقد لحرمة الاسم فمع الاشتراك لا تكون له حرمة والنية المجردة لا تنعقد بها اليمين .

ولنا أنه أقسم باسم الله تعالى قاصداً به الحلف به فكان يمينا مكفرة كالقسم الذي قبله . وقولهم إن النية المجردة لا تنعقد بها اليمين نقول به وما انعقد بالنية المجردة انما انعقد بالاسم المحتمل المراد به اسم الله تعالى ، فإن النية تصرف اللفظ المحتمل الى أحد محتملاته فيصير كالمصرح به كالكنايات وغيرها ، ولهذا لو نوى بالقسم الذي قبله غير الله تعالى لم يكن يمينا لنيته .

(فصل) والقسم بصفات الله تعالى كالقسم بأسمائه وصفاته ، تنقسم أيضا ثلاثة أقسام :

---

(١) كذا بالأصل وصواب الآية من سورة العنكبوت (انما تعبدون من دون الله أوثانا وتخلقون افكا) وفي سورة الصافات (أتدعون بعلا وتذرون أحسن الخالقين ؟)

أحدها : ماهو صفات لذات الله تعالى لايحتمل غيرها كعزة الله تعالى وعظمته وجلاله وكبريائه وكلامه فهذه تنعقد بها اليمين فى قولهم جميعاً ، وبه يقول الشافعى وأصحاب الرأى لان هذه من صفات ذاته لم يزل موصوفا بها وقد ورد الاثر بالقسم ببعضها فروى أن النار تقول « قط قط وعزتك » رواه البخارى . والذى يخرج من النار يقول « وعزتك لا أسألك غيرها » وفى كتاب الله تعالى (فبعزتك لاغوينهم أجمعين)

الثانى : ما هو صفة للذات ويعبر به عن غيرها مجازا كعلم الله وقدرته ، فهذه صفة للذات لم يزل موصوفا بها . وقد تستعمل فى المعلوم والمقدور اتساعا ، كقولهم : اللهم اغفر لنا علمك فينا ، ويقال اللهم قد أريتنا قدرتك فأرنا عفوك ، ويقال انظر الى قدرة الله أى مقدوره فمتى أقسم بهذا كان يمينا ، وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة : اذا قال وعلم الله لا يكون يمينا لأنه يحتمل المعلوم .

ولنا أن العلم من صفات الله تعالى فكانت اليمين به يمينا موجبة للكفارة ، كالعظمة والعزة والقدرة ، وينتقض ماذكروه بالقدرة فإنهم قد سلموها وهى قرينتها ، فأما ان نوى القسم بالمعلوم والمقدور احتمل أن لا يكون يمينا ؛ وهو قول أصحاب الشافعى لأنه نوى بالاسم غير صفة الله مع احتمال اللفظ ما نواه ، فأشبه ما لو نوى القسم بمحلوف فى الأسماء التى يسمى بها غير الله تعالى . وقد روى عن احمد أن ذلك يكون يمينا بكل حال ولا تقبل منه نية غير صفة الله تعالى وهو قول أبى حنيفة فى القدرة لأن ذلك موضوع للصفة فلا يقبل منه نية غير الصفة كالعظمة ، وقد ذكر طلحة العاقولى فى أسماء الله تعالى المعرفة بلام التعريف كالخالق والرازق انها تكون يمينا بكل حال لأنها لا تنصرف الا الى اسم الله ، كذاهذا (والثالث) مالا ينصرف بإطلاقه الى صفة الله تعالى لكن ينصرف بإضافته الى الله سبحانه لفظا أو نية كالعهد والميثاق والامانة ونحوه ، فهذا لا يكون يمينا مكفرة الا بإضافته أو نيته ، وسنذكر ذلك فيما بعد ان شاء الله تعالى

(فصل) وان قال وحق الله فهى يمين مكفرة ، وبهذا قال مالك والشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا كفارة لها لان حق الله طاعته ومفروضاته وليست صفة له

ولنا أن لله حقوقا يستحقها لنفسه من البقاء والعظمة والجلال والعزة . وقد

اقترن عرف الاستعمال بالحلف بهذه الصفة فتنصرف إلى صفة الله تعالى كقوله وقدرة الله . وإن نوى بذلك القسم بمخلوق فالقول فيه كالقول فى الحلف بالعلم والقدرة إلا أن احتمال المخلوق بهذا اللفظ أظهر

(فصل وإن قال لعمر الله فهى يمين موجبة للكفارة ، وبه قال ابو حنيفة وقال الشافعى : إن قصد اليمين فهى يمين وإلا فلا ، وهو اختيار ابى بكر لأنها إنما تكون يمينا بتقدير خبر محذوف فكأنه قال : لعمر الله ما أقسم به فيكون مجازاً والمجاز لا ينصرف اليه الاطلاق

ولنا أنه أقسم بصفة من صفات ذات الله فكان يمينا موجبا للكفارة كالحلف ببقاء الله تعالى ، فإن معنى ذلك الحلف ببقاء الله تعالى وحياته ، ويقال العمر والعمر واحد ، وقيل معناه وحق الله . وقد ثبت له عرف الشرع والاستعمال ، قال الله تعالى (لعمرك إنهم لفى سكرتهم يعمهون)

قال النابغة :

فلا لعمر الذى قد زرته حججا وما أريق على الأنصاب من جسد

وقال آخر :

إذا رضيت كرام بنى قشير لعمر الله أعجبنى رضاها

وقال آخر :

ولكن لعمر الله ماظل مسلما كغر الثنايا واضحات الملاغم

وهذا فى الشعر والكلام كثير . وأما احتياجه إلى التقدير فلا يصح فإن اللفظ إذا اشتهر فى العرف صار من الأسماء العرفية يجب حمله عليه عند الأطلاق دون موضوعه الأصلى على ما عرف من سائر الأسماء العرفية ومتى احتاج اللفظ إلى التقدير وجب التقدير له ولم يجز اطراحه ، ولهذا يفهم مراد المتكلم به من غير اطلاع على نية قائله وقصده كما يفهم أن مراد المتكلم بهذا من المتقدمين القسم ويفهم من القسم بغير حرف القسم فى أشعارهم القسم فى مثل قوله

فقلت يمين الله أبرح قاعدا

ويفهم من القسم الذى حذف فى جوابه حرف « لا » انه مقدر مراد ، كهذا

البيت ، ويفهم من قول الله تعالى (واسأل القرية) (وأشربوا فى قلوبهم العجل) التقدير فكذا ههنا ، وإن قال عمرك الله كما فى قوله

أيها المنكح الثريا سهيلا   عمرك الله ، كيف يلتقيان ؟

فقد قيل هو مثل قوله نشدتك الله ولهذا ينصب اسم الله تعالى فيه . وإن قال لعمرى أو لعمرك أو عمرك فليس بيمين فى قول أكثرهم ، وقال الحسن فى قوله لعمرى عليه الكفارة

ولنا أنه أقسم بحياة مخلوق فلم تلزمه كفارة كما لو قال وحياتى ، وذلك لأن هذا اللفظ يكون قسما بحياة الذى أضيف اليه العمر ، فإن التقدير لعمرك قسمى أو ما أقسم به والعمر الحياة أو البقاء

(فصل) وإن قال وايم الله أو وايمن الله فهى يمين موجبة للكفارة والخلاف فيه كالذى ذكرنا فى الفصل الذى قبله ؛ وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يقسم به وانضم اليه عرف الاستعمال فوجب أن يصرف اليه واختلف فى اشتقاقه فقيل : هو جمع يمين وحذفت النون فيه فى البعض تخفيفا لكثرة الاستعمال . وقيل هو من اليمن فكأنه قال ويمين الله لأفعلن ، وألفه ألف وصل

(فصل)

وحروف القسم ثلاثة ، الباء وهى الاصل وتدخل على المظهر والمضمر جميعا ، والواو ، وهى بدل من الباء تدخل على المظهر دون المضمر لذلك ، وهى أكثر استعمالا ، وبها جاءت أكثر الاقسام فى الكتاب والسنة ، وانما كانت الباء الأصل لأنها الحرف الذى تصل به الأفعال القاصرة عن التعدى إلى مفعولاتها؛ والتقدير فى القسم أقسم بالله ، كما قال الله تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) والتاء بدل من الواو وتختص باسم واحد من أسماء الله تعالى وهو الله ، ولا تدخل على غيره فيقال تالله ، ولو قال تالرحمن ، أو تالرحيم لم يكن قسما ، فإذا أقسم بأحد هذه الحروف الثلاثة فى موضعه كان قسما صحيحا لأنه موضوع له ، وقد جاء فى كتاب الله تعالى وكلام العرب ، قال الله تعالى (تالله لتسألن عما كنتم تفترون) (تالله لقد آثرك الله علينا) (تالله تفتؤ تذكر يوسف) (تالله لقد علمتم وتالله لأكيدن أصنامكم)

قال الشاعر :

تالله يبقى على الايام ذو حيد   بمشمخر به الضيان والآس

فإن قال ما أردت به القسم لم يقبل منه لأنه أتى باللفظ الصريح فى القسم واقترنت به قرينة دالة عليه ، وهو الجواب بجواب القسم ويحتمل أن يقبل منه فى قوله تالله لأقومن إذا قال أردت أن قيامى بمعونة الله وفضله لأنه فسر كلامه بما يحتمله ولا يقبل فى الحرفين الآخرين لعدم الاحتمال ، ويحتمل أن لا يقبل بحال لأنه أجاب بجواب القسم فيمنع صرفه الى غيره

فصـــل

وان أقسم بغير حرف القسم فقال : الله لاقومن بالجر أو النصب كان يميناً، وقال الشافعى لا يكون يمينا الا أن ينوى لأن ذكر اسم الله تعالى بغير حرف القسم ليس بصريح فى القسم فلا ينصرف اليه الا بالنية

ولنا أنه سائغ فى العربية وقد ورد به عرف الاستعمال فى الشرع ، فروى أن عبد الله بن مسعود أخبر النبي صلى الله عليه وسلم انه قتل أبا جهل فقال « الله انك قتلته ؟ قال الله انى قتلته» ذكره البخارى وقال لركانه بن عبد يزيد « الله ما أردت الا واحدة ، قال الله ما أردت الا واحدة » وقال امرؤ القيس

فقلت يمين الله أبرح قاعداً

وقال أيضا   فقالت يمين الله ما لك حيلة

وقد اقترنت به قرينتان تدلان عليه ، احداهما الجواب بجواب القسم . والثانى النصب والجر فى اسم الله تعالى فوجب أن تكون يمينا ، كما لو قال والله ، وان قال الله لافعلن بالرفع ونوى اليمين فهى يمين لكنه قد لحن ، فهو كما لو قال والله بالرفع وان لم ينو اليمين ، فقال أبو الخطاب يكون يمينا لان قرينة الجواب بجواب القسم كافيه والعامى لا يعرف الاعراب فيأتى به الا أن يكون من أهل العربية فإن عدوله عن اعراب القسم دليل على انه لم يرده ، ويحتمل أن لا يكون قسما فى حق العامى لانه ليس بقسم فى حق أهل العربية فلم يكن قسما فى غيرهم كما لو لم يجبه بجواب القسم .

(فصل) ويجاب القسم بأربعة أحرف ، حرفان للنفى هما ، ما ولا ، وحرفان

الاثبات وهما ان واللام المفتوحة وتقوم إن المكسورة مقام ماالنافيه ، مثل قوله (وليحلفن إن أردنا إلا الحسنى) وإن قال والله أفعل بغير حرف فالمحذوف ههنا لا وتكون يمينه على النفي لأن موضوعه في العربية كذلك ، قال الله تعالى (تالله تفتؤ تذكر يوسف) أي لا تفتؤ وقال الشاعر : تالله يبقى على الأيام ذو حيد . وقال آخر . فقلت يمين الله أبرح قاعداً . أي لا أبرح

(فصل) فإن قال لاها لله ونوى اليمين فهو يمين لما روى « أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه قال في سلب قتيل أبي قتادة لاها لله إذاً تعمد الى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله فيعطيك سلبه؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : صدق» وإن لم ينو اليمين فالظاهر أنه لا يكون يمينا لأنه لم يقترن به عرف ولا نية ولا في جوابه حرف يدل على القسم ، وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه .

« مسأله » قال (أو بآية من القرآن)

وجملته أن الحلف بالقرآن أو بآية منه أو بكلام الله يمين منعقدة تجب الكفارة بالحنث فيها ، وبهذا قال ابن مسعود والحسن وقتادة ومالك والشافعي وأبو عبيد وعامة أهل العلم ، وقال أبو حنيفة وأصحابه ليس بيمين ولا تجب به كفارة . فنهم من زعم أنه مخلوق ومنهم من قال لا يعهد اليمين به .

ولنا أن القرآن كلام الله وصفة من صفات ذاته فتنعقد اليمين به ، كما لو قال وجلال الله وعظمته ، وقولهم هو مخلوق ، قلنا هذا كلام المعتزله وانما الخلاف مع الفقهاء ، وقد روى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « القرآن كلام الله غير مخلوق » وقال ابن عباس في قوله تعالى (قرآنا عربيا غير ذي عوج) أي غير مخلوق : وأما قولهم لا يعهد اليمين به فيلزمهم قولهم وكبرياء الله وعظمته وجلاله

اذا ثبت هذا فان الحالف بآية منه كالحالف بجميعه لانها من كلام الله تعالى

(فصل) وان حلف بالمصحف انعقدت يمينه ، وكان قتادة يحلف بالمصحف ولم يكره ذلك امامنا واسحاق، لان الحالف بالمصحف انما قصد الحلف بالمكتوب فيه وهو القرآن فإنه بين دفتي المصحف بإجماع المسلمين .

« مسأله » قال (أو تصدق بملكه أو بالحج)

وجملته أنه اذا أخرج النذر مخرج اليمين ، بأن يمنع نفسه أو غيره به شيئا أو يحث به على شيء ، مثل أن يقول : ان كلمت زيداً فلله عليّ الحج أو صدقة مالى أو صوم سنة ، فهذا يمين حكمه أنه مخير بين الوفاء بما حلف عليه فلا يلزمه شيء ، وبين أن يحنث فيتخير بين فعل المنذور وبين كفارة يمين ويسمى نذر اللجاج والغضب ولا يتعين عليه الوفاء به؛ وانما يلزم نذر التبرر وسنذكره فى بابه ، وهذا قول عمر وابن عباس وابن عمر وعائشة وحفصة وزينب بنت أبى سلمة وبه قال عطاء وطاوس وعكرمة والقاسم والحسن وجابر بن زيد والنخعى وقتادة وعبد الله بن شريك والشافعى والعنبرى واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وابن المنذر .

وقال سعيد بن المسيب : لا شيء فى الحلف بالحج وعن الشعبى والحارث العكلى وحماد والحكم لا شيء فى الحلف بصدقة ماله لان الكفارة انما تلزم بالحلف بالله تعالى لحرمة الاسم وهذا ما حلف باسم الله ولا يجب ما سماه لانه لم يخرجه مخرج القربة وانما التزمه على طريق العقوبة فلم يلزمه .

وقال أبو حنيفه ومالك : يلزمه الوفاء بنذره لانه نذر فيلزمه الوفاء به كنذر التبرر ، وروى نحو ذلك عن الشعبى .

ولنا ماروى عمران بن حصين قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «لانذر فى غضب وكفارته كفارة يمين» رواه سعيد بن منصور والجوزجانى فى المترجم ، وعن عائشة ان النبى صلى الله عليه وسلم قال «من حلف بالمشى أو الهدى أو جعل ماله فى سبيل الله أو فى المساكين أو فى رتاج الكعبة فكفارته كفارة اليمين» ولانه قول من سمينا من الصحابة ولا مخالف لهم فى عصرهم ولانه يمين فيدخل فى عموم قوله تعالى (ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين) ودليل أنه يمين أنه يسمى بذلك ويسمى قائله حالفا. وفارق نذر التبرر لكونه قصد به التقرب الى الله تعالى والبر ولم يخرجه مخرج اليمين ، وههنا خرج مخرج اليمين ولم يقصد به قربة ولا براً فأشبه اليمين من وجه والنذر من وجه فخير بين الوفاء به وبين الكفارة .

وعن أحمد رواية ثانية أنه تتعين الكفارة ولا يجزئه الوفاء بنذره ، وهو قول لبعض أصحاب الشافعى لانه يمين ، والأول أولى لانه انما التزم فعل ماندره

فلا يلزمه أكثر منه كنذر التبرر ، وفارق اليمين بالله تعالى لأنه أقسم بالاسم المحترم فإذا خالف لزمته الكفارة تعظيما للاسم بخلاف هذا .

« مسألة » قال (أو بالعهد)

وجملته : أنه إذا حلف بالعهد أو قال وعهد الله وكفالته فذلك يمين يجب تكفيرها إذا حنث فيها ، وبهذا قال الحسن وطاوس والشعبي والحارث العكلي وقتادة والحكم والأوزاعي ومالك . « وحلفت عائشة رضي الله عنها بالعهد أن لا تكلم ابن الزبير فلما كلمته أعتقت أربعين رقبة وكانت إذا ذكرته تبكي وتقول : واعهداه » قال أحمد العهد شديد في عشرة مواضع من كتاب الله (وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا) ويتقرب الى الله تعالى اذا حلف بالعهد وحنث ما استطاع وعائشة اعتقت أربعين رقبة ثم تبكي حتى تبل خمارها وتقول : واعهداه .

وقال عطاء وأبو عبيد وابن المنذر لا يكون يمينا الا أن ينوي ، وقال الشافعي لا يكون يمينا الا أن ينوي اليمين بعهد الله الذي هو صفته ، وقال أبو حنيفة : ليس بيمين ، ولعلهم ذهبوا الى أن العهد من صفات الفعل فلا يكون الحلف به يمينا كما لو قال : وخلق الله وقد وافقنا أبو حنيفة في أنه إذ قال على عهد الله وميثاقه لأفعلن ثم حنث أنه يلزمه الكفارة .

ولنا أن عهد الله يحتمل كلامه الذي أمرنا به ونهانا كقوله تعالى (ألم أعهد إليكم يا بني آدم) وكلامه قديم صفة له ، ويحتمل أنه استحقاقه لما تعبدنا به ، وقد ثبت له عرف الاستعمال فيجب أن يكون يمينا باطلاقه كما لو قال وكلام الله .

إذا ثبت هذا : فانه إن قال على عهد الله وميثاقه لأفعلن أو قال وعهد الله وميثاقه لأفعلن فهو يمين ، وان قال والعهد والميثاق لأفعلن ونوى عهد الله كان يمينا لأنه نوى الحلف بصفة من صفات الله تعالى ، وان أطلق فقال القاضي فيه روايتان .

إحداهما : يكون يمينا لأن لام التعريف ان كانت للعهد يجب أن تنصرف إلى عهد الله لأنه الذي عهدت اليمين به ، وان كانت للاستغراق دخل فيه ذلك .

والثانية : لا يكون يمينا لأنه يحتمل غير ما وجبت به الكفارة ولم يصرفه الى ذلك بنيته فلا تجب الكفارة لان الأصل عدمها .

« مسألة » قال (أو بالخروج من الإسلام)

اختلفت الرواية عن أحمد فى الحلف بالخروج من الإسلام مثل أن يقول : هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى إن فعل كذا أو هو برىء من الاسلام أو من رسول الله أو من القرآن ان فعل أو يقول . هو يعبد الصليب أو يعبدك أو يعبد غير الله تعالى ان فعل أو نحو هذا فعن أحمد عليه الكفارة إذا حنث ، يروى هذا عن عطاء وطاوس والحسن والشعبي والثورى والأوزاعى وإسحاق وأصحاب الرأى . ويروى ذلك عن زيد بن ثابت رضى الله عنه

والرواية الثانيه : لا كفارة عليه وهو قول مالك والشافعى والليث وأبى ثور وابن المنذر لأنه لم يحلف باسم الله ولا صفته فلم تلزمه كفارة كما لو قال عصيت الله تعالى فيما أمرنى ، ويحتمل أن يحمل كلام أحمد فى الرواية الأولى على الندب دون الايجاب لانه قال فى رواية حنبل إذا قال : أكفر بالله أو أشرك بالله فأحب الى أن يكفر كفارة يمين إذا حنث .

ووجه الرواية الأولى ما روى عن الزهرى عن خارجة بن زيد عن أبيه عن النبى صلى الله عليه وسلم « أنه سئل عن الرجل يقول . هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو برىء من الاسلام فى اليمين يحلف بها فيحنث فى هذه الاشياء فقال . عليه كفارة يمين » أخرجه ابو بكر ، لان البراءة من هذه الاشياء توجب الكفر بالله فكان الحلف بها يميناً كالحلف بالله تعالى .

والرواية الثانية . اصح ان شاء الله تعالى فإن الوجوب من الشارع ولم يرد فى هذه اليمين نص ولا هى فى قياس المنصوص فإن الكفارة انما وجبت فى الحلف باسم الله تعظيما لاسمه وظهاراً لشرفه وعظمته ، ولا تتحقق التسوية .

(فصل) وان قال هو يستحل الخمر والزنا ان فعل ثم حنث او قال هو يستحل ترك الصلاة او الصيام او الزكاة فهو كالحلف بالبراءة من الاسلام لان استحلال ذلك يوجب الكفر ، وان قال . عصيت الله فيما امرنى او فى كل ما افترض على او محوت المصحف أو انا اسرق او اقتل النفس التى حرم الله ان فعلت وحنث لم تلزمه كفارة لان هذا دون الشرك .

وإن قال : أخزاه الله أو قطع يده أو لعنه الله ان فعل ثم حنث فلا كفارة عليه نص عليه أحمد ، وبهذا قال عطاء والثوري وأبو عبيد وأصحاب الرأي ، وقال طاوس والليث عليه كفارة ، وبه قال الأوزاعي : إذا قال عليه لعنة الله .

ولنا أن هذا لا يوجب الكفر فأشبه ما لو قال محوت المصحف ، وإن قال لا يراني الله في موضع كذا ان فعلت وحنث ، فقال القاضي : عليه كفارة وذكر أن أحمد نص عليه ، والصحيح أن هذا لا كفارة فيه لأن إيجابها في هذا ومثله تحكم بغير نص ولا قياس صحيح

(فصل) ولا يجوز الحلف بالبراءة من الاسلام لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من قال إني بريء من الاسلام فإن كان كاذبا فهو كما قال ، وان كان صادقا لم يعد الى الإسلام سالما » رواه أبو داود .

« مسألة » قال (أو بتحريم مملوكه أو شيء من ماله)

وجملته : أنه إذا قال هذا حرام علي إن فعلت وفعل أو قال ما أحل الله علي حرام ان فعلت ثم فعل فهو مخير ان شاء ترك ما حرمه على نفسه وان شاء كفر وان قال هذا الطعام حرام علي فهو كالحلف على تركه ويروى نحو هذا عن ابن مسعود والحسن وجابر بن زيد وقتادة وإسحاق وأهل العراق .

وقال سعيد بن جبير فيمن قال الحل علي حرام يمين من الأيمان يكفرها ، وقال الحسن هي يمين إلا أن ينوي طلاق امرأته ، وعن إبراهيم مثله وعنه ان نوى طلاقا والا فليس بشيء ، وعن الضحاك أن أبا بكر وعمر وابن مسعود قالوا الحرام يمين : وقال طاوس : هو ما نوى ؛ وقال مالك والشافعي . ليس بيمين ولا شيء عليه لأنه قصد تغيير المشروع فلغا ما قصده كما لو قال هذه ربيبتي .

ولنا قول الله تعالى (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ؟ — الى قوله — قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) سمى تحريم ما أحل الله يمينا وفرض له تحلة وهي الكفارة .

وقالت عائشة رضي الله عنها « كان النبي صلى الله عليه وسلم يمكث عند زينب بنت جحش ويشرب عندها عسلا فتواصيت أنا وحفصة أن أيتنا دخل عليها

النبي صلى الله عليه وسلم فلتقل : إني أجد منك ريح مغافير ، فدخل على إحداهما فقالت له ذلك ، فقال . لا بل شربت عسلا عند زينب بنت جحش ولن أعود له فنزل (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك ؟ تبتغي مرضاة أزواجك) متفق عليه فان قيل انما نزلت الآية في تحريم مارية القبطية كذلك قال الحسن وقتادة ، قلنا ما ذكرناه أصح فانه متفق عليه .

وقول عائشة صاحبة القصة الحاضرة للتنزيل المشاهدة للحال أولى ، والحسن وقتادة لو سمعا قول عائشة لم يعدلا به شيئا ولم يصيرا إلى غيره فكيف يصار إلى قولهما ويترك قولها ؟

وقد روى عن ابن عباس وابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه جعل تحريم الحلال يمينا » ولو ثبت أن الآية نزلت في تحريم مارية كان حجة لنا لأنها من الحلال الذى حرم وليست زوجة فوجوب الكفارة بتحريمها يقتضي وجوبه في كل حلال حرم بالقياس عليها لأنه حرم الحلال فأوجب الكفارة كتحريم الأمة والزوجة وما ذكروه يبطل بتحريمها ، واذا قال هذه ربيبتي يقصد تحريمها فهو ظهار .

« مسألة » قال (أو يقول . أقسم بالله أو أشهد بالله أو أعزم بالله)

هذا قول عامة الفقهاء لا نعلم فيه خلافا وسواء نوى اليمين أو أطلق لأنه لو قال بالله ولم يقل أقسم ولا أشهد ولم يذكر الفعل كان يمينا ، وانما كان يمينا بتقدير الفعل قبله لان الباء تتعلق بفعل مقدر على ما ذكرناه فإذا أظهر الفعل ونطق بالمقدر كان أولى بثبوت حكمه ، وقد ثبت له عرف الاستعمال قال الله تعالى (فيقسمان بالله) وقال تعالى (واقسموا بالله) وقال (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين) ويقول الملاعن في لعانه أشهد بالله إني لمن الصادقين وتقول المرأة أشهد بالله انه لمن الكاذبين ، وأنشد أعرابي عمر .

* أقسم بالله لتفعلنه *

وكذلك الحكم ان ذكر الفعل بلفظ الماضي فقال . أقسمت بالله أو شهدت بالله

قال عبد الله بن رواحة . أقسمت بالله لتنزلنه . وإن أراد بقوله أقسمت بالله الخبر عن قسم ماض أو بقوله أقسم بالله عن قسم يأتى به فلا كفارة عليه ، وان ادعى إرادة ذلك قبل منه ، وقال القاضى : لا يقبل فى الحكم، وهو قول بعض أصحاب الشافعى لأنه خلاف الظاهر .

ولنا : أن هذا حكم فيما بينه وبين الله تعالى فاذا علم من نفسه أنه نوى شيئاً أو أراده مع احتمال اللفظ إياه لم تلزمه كفارة ، وإن قال : شهدت بالله انى آمنت بالله فليس بيمين، وان قال، أعزم بالله يقصد اليمين فهو يمين، وان أطلق فظاهر كلام الخرقى أنه يمين ، وهو قول ابن حامد

وقال أبو بكر ، ليس بيمين ، وهو قول الشافعى لانه لم يثبت له عرف الشرع ولا الاستعمال وظاهره غير اليمين لان معناه أقصد بالله لافعلن ، ووجه الاول أنه يحتمل اليمين وقد اقترن به ما يدل عليه وهو جوابه بجواب القسم فيكون يميناً ، فأما ان نوى بقوله غير اليمين لم يكن يمينا .

(فصل) وان قال أحلف بالله أو أولى بالله أو حلفت بالله أو آليت بالله أو ألية بالله أو حلفا بالله أو قسما بالله فهو يمين سواء نوى به اليمين أو أطلق لماذكرناه فى أقسم بالله، وحكمه حكمه فى تفصيله لان الايلاء والحلف والقسم واحد قال الله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم) وقال سعد بن معاذ أحلف بالله لقد جاءكم أسيد بغير الوجه الذى ذهب به . وقال الشاعر

أولى برب الراقصات إلى منى ومطارح الاكوار حيث تبيت

وقال ابن دريد .

ألية باليعملات ترتمى بها النجاء بين أجواز الفلا

وقال .

بل قسما بالشم من يعرب هل لمقسم من بعد هذا منتهى

(فصل) وان قال أقسمت أو آليت أو حلفت أو شهدت لافعلن ولم يذكر بالله فعن أحمد روايتان (إحداهما) أنها يمين وسواء نوى اليمين او اطلق ، وروى نحو ذلك عن عمر وابن عباس والنخعى والثورى وابى حنيفة واصحابه . وعن احمد ان نوى اليمين بالله كان يمينا والا فلا ، وهو قول مالك واسحاق

وابن المنذر ، لأنه يحتمل القسم بالله وبغيره ، فلم تكن يمينا حتى يصرفه بنيته إلى ما تجب به الكفارة .

وقال الشافعي ليس بيمين وإن نوى ، وروى نحو ذلك عن عطاء والحسن والزهري وقتادة وابي عبيد لأنها عريت عن اسم الله وصفته فلم تكن يمينا ، كما لو قال : أقسمت بالبيت .

ولنا انه قد ثبت لها عرف الشرع والاستعمال ، فإن أبا بكر قال « أقسمت عليك يا رسول الله لتخبرني بما أصبت مما أخطأت ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا تقسم يا أبا بكر » رواه ابو داود

وقال العباس للنبي صلى الله عليه وسلم « أقسمت عليك يا رسول الله لتبايعنه » فبايعه النبي صلى الله عليه وسلم وقال : أبررت قسم عمي ولا هجرة : وفي كتاب الله تعالى (إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد إنك لرسول الله — الى قوله — اتخذوا أيمانهم جنة) فسماها يمينا وسماها رسول الله صلى الله عليه وسلم قسما ، وقالت عاتكة بنت عبد المطلب عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم :

حلفت لئن عادوا لنصطلمنهم   لجاءوا تردى حجرتيها المقانب

وقالت عاتكة بنت زيد بن عمرو بن نفيل :

فآليت لا تنفك عيني حزينة   عليك ولا ينفك جلدي أغبرا

وقولهم يحتمل القسم بغير الله ، قلنا انما يحمل على القسم المشروع ولهذا لم يكن هذا مكروها ، ولو حمل على القسم بغير الله كان مكروها ، ولو كان مكروها لم يفعله أبو بكر بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم ولا أبر النبي صلى الله عليه وسلم قسم العباس حين أقسم عليه .

(فصل) وان قال أعزم أو عزمت لم يكن قسما ، نوى به القسم أو لم ينو ، لأنه لم يثبت لهذا اللفظ عرف في شرع ولا استعمال ولا هو موضوع للقسم ولا فيه دلالة عليه ، وكذلك لو قال أستعين بالله أو أعتصم بالله أو أتوكل على الله أو علم الله أو عز الله أو تبارك الله ونحو هذا لم يكن يمينا ، نوى أو لم ينو ، لأنه ليس بموضوع للقسم لغة ولا ثبت له عرف في شرع ولا استعمال فلم يجب به شيء ، كما لو قال سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر .

« مسألة » قال ﴿ أو بأمانة الله ﴾

قال القاضي : لا يختلف المذهب في أن الحلف بأمانة الله يمين مكفرة ، وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي لا تنعقد اليمين بها إلا أن ينوي الحلف بصفة الله تعالى لأن الأمانه تطلق على الفرائض والودائع والحقوق . قال الله تعالى (إنا عرضنا الأمانة على السموات والارض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الانسان) وقال تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها) يعني الودائع والحقوق . وقال النبي صلى الله عليه وسلم « أد الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » واذا كان اللفظ محتملا لم يصرف الى أحد محتملاته الا بنية أو دليل صارف اليه .

ولنا أن أمانة الله صفة له بدليل وجوب الكفارة على من حلف بها اذا نوى ويجب حملها على ذلك عند الاطلاق لوجوه .

أحدها : أن حملها على غير ذلك صرف ليمين المسلم الى المعصية أو المكروه لكونه قسما بمخلوق ، والظاهر من حال المسلم خلافه .

والثاني أن القسم في العادة يكون بالمعظم المحترم دون غيره وصفة الله تعالى أعظم حرمة وقدراً .

والثالث أن ماذكروه من الفرائض والودائع لم يعهد القسم بها ولا يستحسن ذلك لو صرح به فكذلك لا يقسم بما هو عبارة عنه .

الرابع أن أمانة الله المضافه اليه هي صفته، وغيرها يذكر غير مضاف اليه كما ذكر في الآيات والخبر .

الخامس أن اللفظ عام في كل أمانة الله لان اسم الجنس اذا أضيف الى معرفة أفاد الاستغراق ، فيدخل فيه أمانة الله التي هي صفته فتنعقد اليمين بها موجبة للكفارة كما لو نواها .

(فصل) فإن قال والامانة لا فعلت ونوى الحلف بأمانة الله فهو يمين مكفرة موجبة للكفارة وان أطلق فعلى روايتين .

أحدهما يكون يمينا لما ذكرنا من الوجوه . والثانية لا يكون يمينا لانه لم يضفها الى الله تعالى فيحتمل غير ذلك . قال أبو الخطاب : وكذلك اذا قال والعهد والميثاق والجبروت والعظمه والأمانات ؛ فإن نوى يمينا كان يمينا والا فلا ، وقد ذكرنا فى الأمانة روايتين فيخرج فى سائر ما ذكروه وجهان قياسا عليها .

(فصـل) ويكره الحلف بالامانة لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال «من حلف بالامانة فليس منا» رواه أبو داود ، وروى عن زياد بن خدير(١) أن رجلا حلف عنده بالامانة فجعل يبكى بكاء شديداً فقال له الرجل : هل كان هذا يكره ؟ قال نعم كان عمر ينهى عن الحلف بالامانة أشد النهى »

(فصـــل)

ولا تنعقد اليمين بالحلف بمخلوق كالكعبة والانبياء وسائر المخلوقات ولا تجب الكفارة بالحنث فيها ، هذا ظاهر كلام الخرقى وهو قول أكثر الفقهاء ، وقال أصحابنا الحلف برسول الله صلى الله عليه وسلم يمين موجبة للكفارة . وروى عن أحمد انه قال « اذا حلف بحق رسول الله صلى الله عليه وسلم فحنث فعليه الكفارة . قال أصحابنا لانه أحد شرطى الشهادة فالحلف به موجب للكفارة كالحلف باسم الله تعالى .

ووجه الاول قول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت » ولانه حلف بغير الله فلم يوجب الكفارة كسائر الانبياء ولأنه مخلوق فلم تجب الكفارة بالحلف به كإبراهيم (ص) ولانه ليس بمنصوص عليه ولا فى معنى المنصوص ، ولا يصح قياس اسم غير الله على اسمه لعدم الشبه وانتفاء المماثلة وكلام احمد فى هذا يحمل على الاستحباب دون الايجاب

« مسألة » قال (ولو حلف بهذه الاشياء كلها على شيء واحد فحنث فعليه كفارة واحدة)

وجملته أنه اذا حلف بجميع هذه الاشياء التى ذكرها الخرقى وما يقوم

---

(١) زياد بن خدير الاسدى ابو المغيرة روى عن عمر وعلى رضى الله عنهما ، وروى عنه الشعبى وابراهيم بن مهاجر وحفص بن حميد وهو ثقة . قاله الرازى

مقامها أو كرر اليمين على شيء واحد، مثل أن قال «والله لأغزون قريشا والله لاغزون قريشا والله لاغزون قريشا» فحنث فليس عليه الا كفارة واحدة . روى نحو هذا عن ابن عمر ، وبه قال الحسن وعروة واسحاق ، وروى أيضا عن عطاء وعكرمة والنخعي وحماد والاوزاعي . وقال أبو عبيد فيمن قال «على عهد الله وميثاقه وكفالته» ثم حنث فعليه ثلاث كفارات .

وقال أصحاب الرأى عليه بكل يمين كفارة الا أن يريد التأكيد والتفهيم ونحوه عن الثورى وأبى ثور . وعن الشافعي قولان كالمذهبين ، وعن عمرو بن دينار ان كان فى مجلس واحد كقولنا ، وان كان فى مجالس كقولهم ، واحتجوا بأن أسباب الكفارات تكررت فتكرر الكفارات كالقتل لآدمى وصيد حرمى، ولان اليمين الثانية مثل الاولى فتقتضى ما تقتضيه

ولنا انه حنث واحد أوجب جنسا واحداً من الكفارات فلم يجب به أكثر من كفارة كما لو قصد التأكيد والتفهيم

وقولهم انها أسباب تكررت لا نسلمه فإن السبب الحنث وهو واحد ، وان سلمنا فينتقض بما اذا تكرر الوطء فى رمضان فى أيام وبالحدود اذا تكررت أسبابها فإنها كفارات وبما اذا قصد التأكيد ، ولا يصح القياس على الصيد الحرمى لان الكفارة بدل ولذلك تزداد بكبر الصيد وتتقدر بقدره ، فهى كدية القتيل ولا على كفارة قتل الآدمى لأنها أجريت مجرى البدل أيضا لحق الله تعالى ، لأنه لما أتلف آدميا عابداً لله تعالى ناسب أن يوجد عبداً يقوم مقامه فى العبادة فلما عجز عن الايجاد لزمه اعتاق رقبة ، لان العتق ايجاد للعبد بتخليصه من رق العبودية وشغلها الى فراغ البال للعبادة بالحرية التى حصلت بالاعتاق . ثم الفرق ظاهر وهو أن السبب ههنا تكرر بكماله وشروطه وفى محل النزاع لم يوجد ذلك ، لأن الحنث اما ان يكون هو السبب أو جزءاً منه أو شرطا له بدليل توقف الحكم على وجوده ، وأياً ما كان فلم يتكرر فلم يجز الإلحاق ، ثم وان صح القياس فقياس كفارة اليمين على مثلها أولى من قياسها على القتل لبعد ما بينهما .

(فصل) واذا حلف يمينا واحدة على أجناس مختلفة فقال والله لا أكلت ولا شربت ولا لبست فحنث فى الجميع فكفارة واحدة ، لا أعلم فيه خلافا لأن

اليمين واحدة والحنث واحد فإنه بفعل واحد من المحلوف عليه يحنث وتنحل اليمين وان حلف أيمانا على أجناس فقال والله لا أكلت والله لا شربت والله لا لبست فحنث فى واحدة منها فعليه كفارة فإن أخرجها ثم حنث فى يمين أخرى لزمته كفارة أخرى لا نعلم فى هذا أيضا خلافا لان الحنث فى الثانية تجب به الكفارة بعد أن كفر عن الاولى فأشبه ما لو وطىء فى رمضان فكفر ثم وطىء مرة أخرى : فإن حنث فى الجميع قبل التكفير فعليه فى كل يمين كفارة، وهذا ظاهر كلام الخرقى . ورواه المروذى عن احمد وهو قول أكثر أهل العلم

وقال أبو بكر : تجزئه كفارة واحدة ورواها ابن منصور عن أحمد ، قال القاضى وهى الصحيحه ، وقال أبو بكر ما نقله المروذى عن أحمد قول لابى عبد الله ومذهبه أن كفارة واحدة تجزئه ، وهو قول اسحاق لأنها كفارات من جنس فتداخلت كالحدود من جنس ، وان اختلفت محالها بأن يسرق من جماعة أو يزنى بنساء ، ولنا أنهن أيمان لا يحنث فى احداهن بالحنث فى الاخرى فلم تتكفر احداها بكفارة الاخرى كما لو كفر عن احداهما قبل الحنث فى الاخرى وكالايمان المختلفة الكفارة ، وبهذا فارق الايمان على شىء واحد ، فإنه متى حنث فى احداهما كان حانثا فى الاخرى ، فإن كان الحنث واحداً كانت الكفارة واحدة . وههنا تعدد الحنث فتعددت الكفارات ، وفارق الحدود فإنها وجبت للزجر وتندرىء بالشبهات بخلاف مسألتنا ، ولان الحدود عقوبة بدنية فالموالاة بينها ربما أفضت الى التلف فاجتزىء بأحدها ، وههنا الواجب اخراج مال يسير أو صيام ثلاثة أيام فلا يلزم الضرر الكثير بالموالاة فيه ولا يخشى منه التلف

« مسألة » قال (ولو حلف على شىء واحد بيمينين مختلفي الكفارة لزمته فى كل واحدة من اليمينين كفارتها)

هذا مثل الحلف بالله وبالظهار وبعتق عبده ، فإذا حنث فعليه كفارة يمين وكفارة ظهار ويعتق العبد ، لان تداخل الاحكام انما يكون مع اتحاد الجنس كالحدود من جنس والكفارات ههنا أجناس وأسبابها مختلفة فلم تتداخل كحد الزنا والسرقة والقذف والشرب .

«مسألة» قال (ومن حلف بحق القرآن لزمته بكل آية كفارة يمين)

نص على هذا أحمد، وهو قول ابن مسعود والحسن. وعنه أن الواجب كفارة واحدة وهو قياس المذهب ومذهب الشافعي وأبي عبيد لأن الحلف بصفات الله كلها وتكرر اليمين بالله سبحانه لا يوجب أكثر من كفارة واحدة فالحلف بصفة واحدة من صفاته أولى أن تجزئه كفارة واحدة

ووجه الأول: ما روى مجاهد قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من حلف بسورة من القرآن فعليه بكل آيه كفارة يمين صبر فمن شاء بر ومن شاء فجر» رواه الأثرم. ولأن ابن مسعود قال عليه بكل آية كفارة يمين ولم نعرف مخالفا له في الصحابة فكان إجماعا.

قال أحمد: وما أعلم شيئاً يدفعه، ويحتمل أن كلام أحمد في كل آية كفارة على الاستحباب لمن قدر عليه فإنه قال عليه بكل آية كفارة فإن لم يمكنه فكفارة واحدة ورده الى واحدة عند العجز دليل على أن مازاد عليها غير واجب وكلام ابن مسعود أيضا يحمل على الاختيار والاحتياط لكلام الله والمبالغة في تعظيمه كما أن عائشة أعتقت أربعين رقبة حين حلفت بالعهد وليس ذلك بواجب ولا يجب أكثر من كفارة لقول الله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين) وهذه يمين فتدخل في عموم الأيمان المنعقدة، ولأنها يمين واحدة فلم توجب كفارات كسائر الأيمان، ولأن إيجاب كفارات بعدد الآيات يفضي الى المنع من البر والتقوى والإصلاح بين الناس لأن من علم أنه بحنثه تلزمه هذه الكفارات كلها ترك المحلوف عليه كائنا ما كان وقد يكون براً وتقوى وإصلاحا فتمنعه منه، وقد نهى الله تعالى عنه بقوله (ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا وتتقوا وتصلحوا بين الناس) وان قلنا بوجوب كفارات بعدد الآيات فلم يطق أجزأته كفارة واحدة نص عليه أحمد.

«مسأله» قال (وعن أبي عبد الله فيمن حلف ينحر ولده روايتان احداهما كفارة يمين والأخرى: يذبح كبشاً)

اختلفت الروايه فيمن حلف بنحر ولده نحو أن يقول : إن فعلت كذا فلله على أن أذبح ولدى أو يقول ولدى نحير ان فعلت كذا أو نذر ذبح ولده مطلقاً غير معلق بشرط فعن أحمد عليه كفارة يمين وهذا قياس المذهب لان هذا نذر معصية أو نذر لجاج وكلاهما يوجب الكفارة ، وهو قول ابن عباس ، فانه روى عنه أنه قال لامرأة نذرت أن تذبح ابنها « لا تنحرى ابنك وكفرى عن يمينك » .

والرواية الثانية : كفارته ذبح كبش ويطعمه المساكين ، وهو قول أبي حنيفة ويروى ذلك عن ابن عباس أيضاً لأن نذر ذبح الولد جعل فى الشرع كنذر ذبح شاة بدليل أن الله تعالى أمر إبراهيم بذبح ولده وكان أمراً بذبح شاة وشرع من قبلنا شرع لنا مالم يثبت نسخه ، ودليل أنه أمر بذبح شاة أن الله تعالى لا يأمر بالفحشاء ولا بالمعاصى وذبح الولد من كبائر المعاصى ، قال الله تعالى (ولا تقتلوا أولادكم خشيه إملاق) .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « أكبر الكبائر أن تجعل لله نداً وهو خلقك قيل ثم أى ؟ قال : أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك » .

وقال الشافعى : ليس هذا بشيء ولا يجب به شيء لأنه نذر معصية لا يجب الوفاء به ولا يجوز ولا تجب به كفارة . لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا نذر فى معصية ولا فيما لا يملك ابن آدم » ولقوله عليه السلام « ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » .

ولنا قوله عليه السلام « لا نذر فى معصية وكفارته كفارة يمين » ولأن النذر حكمه حكم اليمين بدليل قوله عليه السلام « النذر حلفه وكفارته كفارة يمين » فيكون بمنزلة من حلف ليذبحن ولده .

وقولهم : ان النذر لذبح الولد كناية عن ذبح كبش لا يصح لأن إبراهيم لو كان مأموراً بذبح كبش لم يكن الكبش فداء ولا كان مصدقاً للرؤيا قبل ذبح الكبش ، وإنما أمر بذبح ابنه ابتلاء ثم فدى بالكبش وهذا أمر اختص بإبراهيم عليه السلام لا يتعداه الى غيره لحكمة علمها الله تعالى فيه ، ثم لو كان إبراهيم مأموراً بذبح كبش فقد ورد شرعنا بخلافه فإن نذر ذبح الابن ليس بقربة فى

شرعنا ولا مباح بل هو معصية فتكون كفارته كفارة سائر نذور المعاصي .

(فصل) وان نذر ذبح نفسه أو أجنبي ففيه أيضاً عن أحمد روايتان ، وعن ابن عباس أيضاً فيه روايتان .

نقل ابن منصور عن أحمد فيمن نذر أن ينحر نفسه إذا حنث يذبح شاة وكذلك ان نذر ذبح أجنبي ، لأنه روى عن ابن عباس في الذي قال : أنا أنحر فلانا فقال : عليه ذبح كبش ، ولأنه نذر ذبح آدمي فكان عليه ذبح كبش كنذر ذبح ابنه . الثانية . عليه كفارة يمين لأنه نذر معصية فكان موجبه كفارة لما ذكرنا فيما تقدم .

وروى الجوزجاني باسناده عن الأوزاعي قال حدثني أبو عبيد قال ، جاء رجل الى ابن عمر فقال : اني نذرت أن أنحر نفسي قال : فتجهمه ابن عمر وأفف منه ثم أتى ابن عباس فقال له أهد مائة بدنه ، ثم أتى عبد الرحمن بن الحارث بن هشام فقال له أرأيت لو نذرت أن لا تكلم أباك أو أخاك ؟ إنما هذه خطوة من خطوات الشيطان استغفر الله وتب اليه ، ثم رجع الى ابن عباس فأخبره فقال ، أصاب عبد الرحمن ورجع ابن عباس عن قوله ، والصحيح في هذا أنه نذر معصية حكمه حكم نذر سائر المعاصي لا غير .

فصل

قال أحمد في امرأة نذرت نحر ولدها ولها ثلاثة أولاد : تذبح عن كل واحد كبشا وتكفر يمينها وهذا على قوله ان كفارة نذر ذبح الولد ذبح كبش ، جعل عن كل واحد كبشاً لان لفظ الواحد إذا أضيف اقتضى التعميم فكان عن كل واحد كبش فإن عنت بنذرها واحداً فانما عليها كبش واحد بدليل أن ابراهيم عليه السلام لما أمر بذبح ابنه الواحد فدى بكبش واحد ولم يفد غير من أمر بذبحه من أولاده وكذا ههنا ، وعبد المطلب لما نذر ذبح ابن من بنيه إن بلغوا عشرة لم يفد منهم إلا واحداً ، وسواء نذرته معيناً أو عنت واحداً غير معين ، فأما قول أحمد وتكفر يمينها فيحتمل أنه أراد ان ذبح الكباش كفارة يمينها ، ويحتمل انه كان مع نذرها يمين ، واما على الرواية الأخرى تجزئها كفارة يمين على ما سبق .

« مسألة » قال (ومن حلف بعتق ما يملك فحنث عتق عليه كل ما يملك من عبيده وإمائه ومكاتبيه ومدبريه وامهات اولاده وشقص يملكه من مملوكه)

معناه اذا قال ان فعلت كذا فكل مملوك لى حر او عتيق او فكل ما املك حر فإن هذا إذا حنث عتق مماليكه ولم تغن عنه كفارة ، روى ذلك عن ابن عمر وابن عبـــاس ، وبه قال ابن ابى ليلى والثورى ومالك والأوزاعى والليث والشافعى واسحاق ، وروى عن ابن عمر وابى هريرة وعائشة وابى سلمة وحفصة وزينب بنت ابى سلمة والحسن وابى ثور تجزئه كفارة يمين لانها يمين فتدخل فى عموم قول الله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين) .

وروى عن ابى رافع قال « قالت مولاتى ليلى بنت العجماء ، كل مملوك لها محرر وكل مال لها هدى ، وهى يهوديه وهى نصرانية ان لم تفرق بينك وبين امرأتك قال . فأتيت زينب بنت ام سلمة ، ثم اتيت حفصة الى ان قال . ثم اتيت ابن عمر فجاء معى اليها فقام على الباب فسلم فقال . امن حجارة انت ام من حديد ؟ افتتك زينب ، وافتتك ام المؤمنين ، كفرى عن يمينك ، وخلى بين الرجل وامرأته » رواه الأثرم والجوزجانى مطولا .

ولنا انه علق العتق على شرط وهو قابل للتعليق فيقع بوجود شرطه كالطلاق والآية مخصوصة بالطلاق والعتق فى معناه ، ولأن العتق ليس بيمين فى الحقيقة انما هو تعليق على شرط فأشبه الطلاق ، فأما حديث ابى رافع ؛ قال احمد . قال فيه « كفرى يمينك واعتق جاريتك » وهذه زيادة يجب قبولها ، ويحتمل انها لم يكن لها مملوك سواها .

(فصل) فأما ان قال . فإن فعلت فلله على ان اعتق عبدى او احرره او نحو هذا لم يعتق بحنثه وكفر كفارة يمين على ما ذكرنا فى نذر اللجاج لان هذا لم يعلق عتق العبد انما حلف على تعليق العتق بشرط بخلاف الذى قبله .

(فصـــــل) واذا حنث عتق عليه عبيده واماؤه ومدبروه وامهات اولاده ومكاتبوه والأشقاص التى يملكها من العبيد والإماء ، وبهذا قال ابو ثور والمزنى وابن المنذر .

وعن أحمد رواية أخرى : لا يعتق الشقص إلا أن ينويه ولعله ذهب إلى أن الشقص لا يقع عليه اسم العبد وقال أبو حنيفة وصاحباه وإسحاق: لا يعتق المكاتب وهو قول الشافعي لأنه خارج عن ملك سيده وتصرفه فلم يدخل فى اسم مماليكه كالحر ، وقال الربيع سماعي من الشافعي أنه يعتق .

ولنا : أنه مملوكه فيعتق كالمدبر ودليل كونه مملوكه قوله عليه السلام « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وقوله لعائشة « اشتري بريرة وأعتقيها » وكانت مكاتبة ولا يصح شراء غير المملوك ولا عتقه ، ولأنه يصح إعتاقه بالاجماع وأحكامه أحكام العبيد ولأنه مملوك فلابد له من مالك ولانه يصح إعتاقه بالمباشرة فدخل فى العتق بالتعليق كسائر عبيده ، وأما الشقص فإنه مملوك له قابل للتحرير فيدخل فى عموم لفظه

(فصل) فإن قال عبد فلان حر إن دخلت الدار ثم دخلها لم يعتق العبد بغير خلاف لانه لا يعتق بإعتاقه ناجزاً فلا يعتق بالتعليق أولى وهل تلزمه كفارة يمين ؟ فيه عن أحمد روايتان ذكرهما ابن أبي موسى .

إحداهما ، عليه كفارة لانه حلف بالعتق فيما لا يقع بالحنث فلزمته كفارة كما لو قال لله علي أن أعتق فلانا .

والثانية ، لا كفارة عليه لانه حلف بإخراج مال غيره فلم يلزمه شيء كما لو قال مال فلان صدقة إن دخلت الدار ولانه تعليق للعتق على صفة فلم تجب به كفارة كسائر التعليق . وأما اذا قال ، لله علي أن أعتق عبداً فإنه نذر فأوجب الكفارة لكون النذر كاليمين وليس كذلك ههنا فإنه انما علق العتق على صفة فوجود الصفة أثر فى جعل المعلق كالمنجز ولو نجز العتق لم يلزمه شيء فكذلك ههنا .

(فصل) فإن قال ان فعلت كذا فمال فلان صدقة أو فعلي فلان حجة أو فمال فلان حرام عليه أو هو بريء من الاسلام وأشباه هذا فليس ذلك بيمين ولا تجب به كفارة ولا نعلم بين أهل العلم فيه خلافا لانه لم يرد الشرع فيه بكفارة ولا هو فى معنى ما ورد الشرع به .

« مسألة » قال (ومن حلف فهو مخير فى الكفارة قبل الحنث وبعده وسواء كانت الكفارة صوما أو غيره الا فى الظهار والحرام فعليه الكفارة قبل الحنث)

الظهار والحرام شيء واحد وإنما عطف أحدهما على الآخر لاختلاف اللفظين ولا خلاف بين العلماء فيما علمناه فى وجوب تقديم كفارته على الوطء ؛ والأصل فيه قول الله تعالى (فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا)

فأما كفارة سائر الأيمان فإنها تجوز قبل الحنث وبعده ، صوما كانت أو غيره فى قول أكثر أهل العلم ، وبه قال مالك .

وممن روى عنه جواز تقديم التكفير عمر بن الخطاب وابنه وابن عباس وسلمان الفارسي ومسلمة بن مخلد رضى الله عنهم ، وبه قال الحسن وابن سيرين وربيعة والأوزاعي والثورى وابن المبارك وإسحاق وأبو عبيد وأبو خيثمة وسليمان بن داود . وقال أصحاب الرأى لا تجزىء الكفارة قبل الحنث لأنه تكفير قبل وجود سببه فأشبه ما لو كفر قبل اليمين ، ودليل ذلك أن سبب التكفير الحنث إذ هو هتك الاسم المعظم المحترم ولم يوجد .

وقال الشافعي كقولنا فى الاعتاق والاطعام والكسوة ، وكقولهم فى الصيام من أجل أنه عبادة بدنية فلم يجز فعله قبل وجوبه لغير مشقة كالصلاة

ولنا ما روى عبد الرحمن بن سمرة قال ، قال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك ثم ائت الذى هو خير » رواه أبو داود . وفى لفظ «وائت الذى هو خير» رواه البخارى والاثرم . وروى أبو هريرة وأبو الدرداء وعدى بن حاتم عن النبي صلى الله عليه وسلم نحو ذلك ، رواه الاثرم

وعن أبى موسى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «انى إن شاء الله لا أحلف على يمين فأرى غيرها خيراً منها الا كفرت عن يمينى وأتيت الذى هو خير - أو أتيت الذى هو خير - وكفرت عن يمينى » رواه البخارى ، ولانه كفر بعد وجود السبب فأجزأ كما لو كفر بعد الجرح وقبل الزهوق والسبب هو اليمين بدليل قوله تعالى (ذلك كفارة أيمانكم) وقوله سبحانه (قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « وكفرت عن يمينى - وكفر يمينك» وتسمية الكفارة كفارة اليمين ، وبهذا ينفصل عما ذكروه فإن الحنث شرط وليس بسبب ، وتعجيل حق المال بعد وجود سببه وقبل وجود شرطه جائز بدليل تعجيل الزكاة بعد

وجود النصاب قبل الحول وكفارة القتل بعد الجرح وقبل الزهوق . قال ابن عبد البر : العجب من أصحاب أبي حنيفة أجازوا تقديم الزكاة من غير أن يرووا فيها مثل هـــذه الآثار الواردة فى تقديم الكفارة ويأبون تقديم الكفارة مع كثرة الرواية الواردة فيها ، والحجة فى السنة ومن خالفها محجوج بها .

فأما أصحاب الشافعى فهم محجوجون بالاحاديث مع أنهم قد احتجوا بها فى البعض وخالفوها فى البعض وفرقوا بين ما جمع بينه النص ، ولأن الصيام نوع تكفير فجاز قبل الحنث كالتكفير بالمال ، وقياس الكفارة على الكفارة أولى من قياسها على الصلاة المفروضة بأصل الوضع

(فصل) فأما التكفير قبل اليمين فلا يجوز عند أحد من العلماء لانه تقديم للحكم قبل سببه فلم يجز كتقديم الزكاة قبل ملك النصاب وكفارة القتل قبل الجرح

﴿ فصـــل ﴾

والتكفير قبل الحنث وبعـــده سواء فى الفضيلة ، وقال ابن ابى موسى : بعده أفضل عند أحمد ، وهو قول الشافعى ومالك والثورى لما فيه من الخروج من الخلاف وحصول اليقين ببراءة الذمة

ولنا أن الاحاديث الواردة فيه فيها التقديم مرة والتأخير أخرى، وهذا دليل التسوية ، ولانه تعجيل مال يجوز تعجيله قبل وجوبه فلم يكن التأخير أفضـــل كتعجيل الزكاة وكفارة القتل ، وما ذكروه معارض بتعجيل النفع للفقراء والتبرع بما لم يجب عليه ، وعلى أن الخلاف المخالف للنصوص لا يوجب تفضيل المجمع عليه كترك الجمع بين الصلاتين

(فصل) وإن كان الحنث فى اليمين محظورا فعجل الكفارة قبله ففيه وجهان أحدهما تجزئه لانه عجل الكفارة بعد سببها فأجزأته كما لو كان الحنث مبـــاحا . والثانى لا تجزئه لان التعجيل رخصة فلا يستباح بالمعصية كالقصر فى سفر المعصيه والحديث لم يتناول المعصية ، فإنه قال « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر » وهذا لم ير غيرها خيرا منها ، ولأصحاب الشافعى فى هذا وجهان كما ذكرنا .

« مسألة » قال (وإذا حلف فقال : إن شاء الله تعالى ، فإن شاء فعل وإن شاء ترك ولا كفارة عليه إذا لم يكن بين الاستثناء واليمين كلام)

وجملة ذلك أن الحالف إذا قال إن شاء الله مع يمينه فهذا يسمى استثناء ، فإن ابن عمر روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من حلف فقال إن شاء الله فقد استثنى » رواه أبو داود ، وأجمع العلماء على تسميته استثناء وانه متى استثنى فى يمينه لم يحنث فيها ، والأصل فى ذلك قول النبي صلى الله عليه «من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث » رواه الترمذى

وروى أبو داود « من حلف فاستثنى فإن شاء رجع وإن شاء ترك » ولانه متى قال لافعلن إن شاء الله فقد علمنا أنه متى شاء الله فعل ومتى لم يفعل لم يشأ الله ذلك فإن ما شاء الله كان ومتى لم يشأ لم يكن .

اذا ثبت هذا فإنه يشترط أن يكون الاستثناء متصلا باليمين بحيث لا يفصل بينهما كلام أجنبي ولا يسكت بينهما سكوتا يمكنه الكلام فيه ، فأما السكوت لانقطاع نفسه أو صوته أو عى أو عارض من عطشه أو شيء غيرها فلا يمنع صحة الاستثناء وثبوت حكمه . وبهذا قال مالك والشافعى والثورى وأبو عبيد وأصحاب الرأى واسحاق ، لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « من حلف فاستثنى » وهذا يقتضى كونه عقيبه ، ولان الاستثناء من تمام الكلام فاعتبر اتصاله به كالشرط وجوابه وخبر المبتدأ والاستثناء بالا ، ولان الحالف اذا سكت ثبت حكم يمينه وانعقدت موجبة لحكمها وبعد ثبوته لا يمكن دفعه ولا تغييره

قال أحمد : حديث النبي صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمرة « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فكفر عن يمينك » ولم يقل فاستثن ، ولو جاز الاستثناء فى كل حال لم يحنث حانث به .

وعن أحمد رواية أخرى أنه يجوز الاستثناء اذا لم يطل الفصل بينهما ، قال فى رواية المروذى : حديث ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « والله لأغزون قريشا — ثم سكت ثم قال — ان شاء الله » انما هو استثناء بالقرب ، ولم يخلط كلامه بغيره .

ونقل عنه اسماعيل بن سعيد مثل هذا وزاد، قال ولا أقول فيه بقول هؤلاء يعنى من لم ير ذلك الا متصلا، ويحتمل كلام الخرقى هذا لانه قال: اذا لم يكن بين الاستثناء واليمين كلام ولم يشترط اتصال الكلام وعدم السكوت، وهذا قول الاوزاعى، قال فى رجل حلف لا أفعل كذا وكذا ثم سكت ساعة لا يتكلم ولا يحدث نفسه بالاستثناء، فقال له انسان قل ان شاء الله، فقال ان شاء الله أيكفر يمينه؟ قال أراه قد استثنى.

وقال قتادة: له أن يستثنى قبل أن يقوم أو يتكلم.

ووجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم استثنى بعد سكوته اذ قال «والله لاغزو قريشا - ثم سكت ثم قال - ان شاء الله» واحتج به أحمد ورواه أبو داود وزاد قال الوليد بن مسلم: ثم لم يغزهم، ويشترط على هذه الرواية أن لا يطيل الفصل بينهما ولا يتكلم بينهما بكلام أجنبى

وحكى ابن أبى موسى عن بعض أصحابنا انه قال: يصح الاستثناء ما دام فى المجلس، وحكى ذلك عن الحسن وعطاء وعن عطاء انه قال: قدر حلب الناقة العزوزة. وعن ابن عباس أن له ان يستثنى بعد حين وهو قول مجاهد، وهذا القول لا يصح لما ذكرناه، وتقديره بمجلس أو غيره لا يصح لان التقديرات بابها التوقيف فلا يصار اليها بالتحكم.

(فصل) ويشترط أن يستثنى بلسانه ولا ينفعه الاستثناء بالقلب فى قول عامة أهل العلم، منهم الحسن والنخعى ومالك والثورى والاوزاعى والليث والشافعى واسحاق وأبو ثور وأبو حنيفة وابن المنذر ولا نعلم لهم مخالفا. لان النبى (ص) قال «من حلف فقال ان شاء الله» والقول هو النطق، ولان اليمين لا تنعقد بالنية فكذلك الاستثناء.

وقد روى عن أحمد: ان كان مظلوما فاستثنى فى نفسه رجوت أن يجوز اذا خاف على نفسه، فهذا فى حق الخائف على نفسه، لان يمينه غير منعقدة أو لانه بمنزلة المتأول وأما فى حق غيره فلا

(فصل) واشترط القاضى ان يقصد الاستثناء، فلو أراد الجزم فسبق لسانه الى الاستثناء من غير قصد، أو كانت عادته جارية بالاستثناء فجرى لسانه على العادة

من غير قصد لم يصح لأن اليمين لما لم ينعقد من غير قصد فكذلك الاستثناء ، وهذا مذهب الشافعي ، وذكر بعضهم أنه لا يصح الاستثناء حتى يقصده مع ابتداء يمينه ، فلو حلف غير قاصد للاستثناء ثم عرض له بعد فراغه من اليمين فاستثنى لم ينفعه ولا يصح لأن هذا يخالف عموم الخبر فإنه قال «من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث» ولأن لفظ الاستثناء يكون عقيب يمينه فكذلك نيته .

(فصل) يصح الاستثناء في كل يمين مكفرة كاليمين بالله والظهار والنذر ، وقال ابن أبي موسى : من استثنى في يمين تدخلها كفارة فله ثنياه لانها أيمان مكفرة فدخلها الاستثناء كاليمين بالله تعالى ، فلو قال : أنت عليّ كظهر أمي إن شاء الله تعالى أو أنت علي حرام ان شاء الله أو ان دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ان شاء الله أو لله علي أن أتصدق بمائة درهم ان شاء الله لم يلزمه شيء لانها أيمان فتدخل في عموم قوله «من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث» .

(فصل) وان قال والله لاشربن اليوم الا أن يشاء الله ، أو لا أشرب الا أن يشاء الله لم يحنث بالشرب ولا بتركه لما ذكرنا في الاثبات ، ولا فرق بين تقديم الاستثناء وتأخيره في هذا كله فإذا قال والله ان شاء الله لاأشرب اليوم أو لاشربن ففعل أو ترك لم يحنث ، لان تقديم الشرط وتأخيره سواء . قال الله تعالى (ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد)

(فصل) وان قال والله لأشربن اليوم ان شاء زيد فشاء زيد لزمه الشرب فإن تركه حتى مضى اليوم حنث وان لم يشأ زيد لم يلزمه يمين فإن لم تعلم مشيئته لغيبة أو جنون أو موت انحلت اليمين لأنه لم يوجد الشرط ، وان قال والله لا أشرب الا ان يشاء زيد فقد منع نفسه الشرب الا ان توجد مشيئة زيد ، فان شاء فله الشرب وان لم يشأ لم يشرب ، وان خفيت مشيئته لغيبة أو موت او جنون لم يشرب وان شرب حنث لأنه منع نفسه الا ان توجد المشيئة فلم يكن له أن يشرب قبل وجودها ، وان قال والله لأشربن الا ان يشاء زيد فقد ألزم نفسه الشرب الا ان يشاء زيد ان لايشرب لان الاستثناء ضد المستثنى منه ، والمستثنى ايجاب لشربه بيمينه ، فان شرب قبل مشيئة زيد بر .

وإن قال زيد قد شئت أن لا يشرب انحلت اليمين لأنها معلقة بعدم مشيئته لترك الشرب ولم تتقدم فلم يوجد شرطها ، وان قال قد شئت أن يشرب أو ماشئت أن لا يشرب لم تنحل اليمين لأن هذه المشيئة غير المستثناة فإن خفيت مشيئته لزمه الشرب لأنه علق وجوب الشرب بعدم المشيئة وهى معدومة بحكم الأصل .

وان قال والله لا أشرب اليوم إن شاء زيد فقال زيد قد شئت أن لا تشرب فشرب حنث ، وان شرب قبل مشيئته لم يحنث لأن الامتناع من الشرب معلق بمشيئته ولم تثبت مشيئته فلم يثبت الامتناع بخلاف التى قبلها ، وان خفيت مشيئته فهى فى حكم المعدومة . والمشيئة فى هذه المواضع أن يقول بلسانه

« مسألة » قال (واذا استثنى فى الطـــلاق والعتاق فأكثر الروايات عن أبى عبدالله رحمه الله أنه توقف عن الجواب وقد قطع فى موضع أنه لا ينفعه الاستثناء)

يعنى إذا قال لزوجته أنت طالق إن شاء الله أو لعبده أنت حر إن شاء الله فقد توقف أحمد فى الجواب لاختلاف الناس فيها وتعارض الادلة ، وفى موضع قطع أنه لا ينفعه الاستثناء فيهما ، قال فى رواية إسحاق بن منصور وحنبل : من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث وليس له استثناء فى الطلاق والعتاق ، قال حنبل لأنهما ليسا من الايمان ، وبه قال مالك والاوزاعى والحسن وقتادة .

وقال طاوس وحماد والشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى يجوز الاستثناء فيهما لقول النبى (ص) « من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث » ولأنه علق الطلاق والعتاق بشرط لم يتحقق وجوده فلم يقعا كما لو علقه بمشيئة زيد ولم تتحقق مشيئته

ولنا أنه أوقع الطلاق والعتاق فى محل قابل فوقع كما لو لم يستثن ، والحديث إنما تناول الايمان وليس هذا بيمين إنما هو تعليق على شرط . قال ابن عبد البر : إنما ورد التوقيف بالاستثناء فى اليمين بالله تعالى وقول المتقدمين الأيمان بالطلاق والعتاق إنما جاز على التقريب والاتساع ولا يمين فى الحقيقة إلا بالله وهذا طلاق وعتاق وقد ذكرنا هذه المسألة فى الطلاق بأبسط من هذا .

« مسألة » قال (وإذا قال إن تزوجت فلانة فهى طالق لم تطلق إن تزوج بها وإن قال إن ملكت فلانا فهو حر فملكه صار حراً)

اختلفت الرواية عن أحمد فى هاتين المسألتين فعنه لا يقع طلاق ولا عتق روى هذا عن ابن عباس ، وبه قال سعيد بن المسيب وعطاء والحسن وعروة وجابر ابن زيد وسوار والقاضى والشافعى وأبو ثور وابن المنذر ، ورواه الترمذى عن على وجابر بن عبد الله وسعيد بن جبير وعلى بن الحسين وشريح وغير واحد من فقهاء التابعين قال وهو قول أكثر أهل العلم لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا عتق فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك » .

قال الترمذى : وهذا حديث حسن وهو أحسن ما روى فى هذا الباب وعن عائشة رضى الله عنها « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق ولا عتاق فيما لا يملك ابن آدم وان عينها » رواه الدارقطنى .

وروى أبو بكر فى الشافى عن الخلال عن الرمادى عن عبد الرزاق عن معمر عن جويبر عن الضحاك عن النزال بن سبرة عن على بن أبى طالب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا طلاق قبل نكاح » .

قال أحمد هذا عن النبى صلى الله عليه وسلم وعدة من الصحابة ، ولان من لا يقع طلاقه وعتقه بالمباشرة لم تنعقد له صفة كالمجنون ولانه قول من سمينا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا فى عصرهم فيكون اجماعا .

والرواية الثانية : عن أحمد أنه يصح فى العتق ولا يصح فى الطلاق . قال فى رواية أبى طالب اذا قال ان اشتريت هذا الغلام فهو حر فاشتراه عتق ، وان قال ان تزوجت فلانه فهى طالق فهذا غير الطلاق هذا حق لله تعالى والطلاق يمين ليس هو لله تعالى ولا فيه قربة الى الله تعالى .

قال أبو بكر فى كتاب الشافى لا يختلف قول أبى عبد الله ان الطلاق اذا وقع قبل النكاح لا يقع وأن العتاق يقع الا ماروى محمد بن الحسن بن هارون فى العتق أنه لايقع وما أراه الا غلطا كذلك سمعت الخلال يقول فإن كان حفظ فهو قول آخر ، والفرق بينهما ان ناذر العتق يلزمه الوفاء به وان ناذر الطلاق لا يلزمه الوفاء به فكما افترقا فى النذر جاز أن يفترقا فى اليمين ، ولانه لو قال لامته : أول ولد تلدينه فهو حر فإنه يصح وهو تعليق للحرية على الملك .

وعن أحمد رحمه الله ما يدل على وقوع الطلاق والعتق ، وهو قول الثورى وأصحاب الرأى لأنه يصح تعليقه على الاخطار فصح تعليقه على حدوث الملك كالوصية والنذر واليمين .

وقال مالك : ان خص جنسا من الأجناس أو عبداً بعينه عتق إذا ملكه ، وان قال كل عبد أملكه فهو حر لم يصح والاول أصح إن شاء الله تعالى لأنه تعليق للطلاق والعتاق قبل الملك فأشبه ما لو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق أو لأمة غيره ان دخلت الدار فأنت حرة ثم تزوج الأجنبية وملك الأمه ودخلتا الدار فإن الطلاق لا يقع ولا تعتق الأمة بغير خلاف نعلمه .

« مسأله » قال (ولو حلف أن لا ينكح فلانة أو لا اشتريت فلانة فنكحها نكاحا فاسداً أو اشتراها شراء فاسداً لم يحنث)

وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفه : اذا قال لعبده ان زوجتك أو بعتك فأنت حر فزوجه تزويجا فاسداً لم يعتق ، وان باعه بيعا فاسداً يملك به حنث لان البيع الفاسد عنده يثبت به الملك إذا اتصل به القبض ، ولنا أن اسم البيع ينصرف الى الصحيح بدليل أن قول الله تعالى (وأحل الله البيع) وأكثر ألفاظه فى البيع إنما ينصرف الى الصحيح فلا يحنث بما دونه كما فى النكاح وكالصلاة وغيرهما ، وما ذكروه من ثبوت الملك به لا نسلمه .

وقال ابن أبى موسى : لا يحنث بالنكاح الفاسد وهل يحنث بالبيع الفاسد ؟ على روايتين ، وقال أبو الخطاب : ان نكحها نكاحا مختلفا فيه مثل أن يتزوجها بلا ولى ولا شهود أو باع فى وقت النداء فعلى وجهين ، وقال ابن أبى موسى : إن تزوجها تزويجا مختلفا فيه أو ملك ملكا مختلفا فيه حنث فيهما جميعا ، ولنا أنه نكاح فاسد وبيع فاسد فلم يحنث بهما كالمتفق على فسادهما .

(فصل) والماضى والمستقبل سواء فى هذا ، وقال محمد بن الحسن : اذا حلف ما صليت ولا تزوجت ولا بعت وكان قد فعله فاسداً حنث لان الماضى لا يقصد منه إلا الاسم والاسم يتناوله والمستقبل بخلافه فإنه يراد بالنكاح والبيع الملك وبالصلاة القربة .

ولنا أن ما لا يتناوله الاسم فى المستقبل لا يتناوله فى الماضى كالايجاب وكغير المسمى ، وما ذكروه لا يصح لان الاسم لا يتناول إلا الشرعى ولا يحصل .

(فصل) وان حلف لا يبيع فباع بيعا فيه الخيار حنث ، وقال أبو حنيفة : لا يحنث لان الملك لا يثبت فى مدة الخيار فأشبه البيع الفاسد .

ولنا أنه بيع صحيح شرعى فيحنث به كالبيع اللازم ؛ وما ذكروه لا يصح ؛ فإن بيع الخيار يثبت الملك به بعد انقضاء الخيار بالاتفاق وهو سبب له ، ولا نسلم أن الملك لا يثبت فى مدة الخيار .

(فصل) وان حلف لا يبيع أو لا يزوج فأوجب البيع والنكاح ولم يقبل المتزوج والمشترى لم يحنث ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى : ولا نعلم فيه خلافا لان البيع والنكاح عقدان لا يتمان الا بالقبول فلم يقع الاسم على الإيجاب بدونه فلم يحنث به ، وان حلف لا يهب ولا يعير فأوجب ذلك ولم يقبل الآخر ، فقال القاضى يحنث ، وهو قول أبى حنيفة وابن سريج لان الهبة والعارية لا عوض فيهما فكان مسماها الايجاب والقبول شرط لنقل الملك وليس هو من السبب فيحنث بمجرد الايجاب فيهما كالوصية .

وقال الشافعى : لا يحنث بمجرد الايجاب لانه عقد لا يتم الا بالقبول فلم يحنث فيه بمجرد الايجاب كالنكاح والبيع .

فأما الوصية والهدية والصدقة فقال أبو الخطاب يحنث فيها بمجرد الايجاب ولا أعلم قول الشافعى فيها الا أن الظاهر أنه لا يخالف فى الوصيه والهدية . لان الاسم يقع عليها بدون القبول ولهذا لما قال الله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقربين انما أراد الايجاب دون القبول ، ولان الوصية صحيحة قبل موت الموصى ولا قبول لها حينئذ .

(فصل) وان حلف لا يتزوج حنث بمجرد الايجاب والقبول الصحيح لانعلم فيه خلافا لان ذلك يحصل به المسمى الشرعى فتناولته يمينه، وان حلف ليتزوجن بر بذلك سواء كانت له امرأة أو لم يكن ، وسواء تزوج نظيرتها أو دونها أو أعلى منها الا أن يحتال على حل يمينه بتزويج لايحصل مقصودها مثل أن يواطىء امرأة على نكاح لا يغيظها به ليبر فى يمينه فلا يبر بهذا .

وقال أصحابنا : اذا حلف ليتزوجن على امرأته لا يبر حتى يتزوج نظيرتها ويدخل بها وهو قول مالك لأنه قصد غيظ زوجته ولا يحصل الا بذلك .

ولنا : أنه تزوج تزويجا صحيحاً فبر به كما لو تزوج نظيرتها ودخل بها ، وقولهم ان الغيظ لا يحصل الا بتزويج نظيرتها والدخول غير مسلم فان الغيظ يحصل بمجرد الخطبه، وان حصل بما ذكروه زيادة فى الغيظ فلا تلزمه الزيادة على الغيظ الذى يحصل بما تناولته يمينه كما أنه لا يلزمه نكاح اثنتين ولا ثلاث ولا أعلى من نظيرتها والذى تناولته يمينه بجرد التزويج . ولذلك لو حلف لا يتزوج على امرأته حنث بهذا فكذلك يحصل البر به لأن المسمى واحد فما تناوله النفى تناوله فى الاثبات وانما لا يبر اذا تزوج تزويجا لا يحصل به الغيظ كما ذكرناه من الصورة ونظائرها لان مبنى الايمان على المقاصد والنيات ولم يحصل مقصوده ولان التزويج ههنا يحصل حيلة على التخلص من يمينه بما لا يحصل مقصودها فلم تقبل منه حيلته ، وقد نص أحمد على هذا . فقال : اذا حلف ليتزوجن على امرأته فتزوج بعجوز أو زنجية لا يبر لأنه أراد أن يغمها ويغيرها ، وبهذا لا تغار ولا تغتم فعلله أحمد بما لا يغيظ بها الزوجة ولم يعتبر ان تكون نظيرتها لان الغيظ لا يتوقف على ذلك ولو قدر ان تزوج العجوز يغيظها والزنجية لبر به وانما ذكره احمد لان الغالب انه لا يغيظها لانها تعلم أنه انما فعل ذلك حيلة لئلا يغيظها ويبر به .

(فصل) اذا حلف لا تسريت فوطىء جاريته حنث ذكره أبو الخطاب . وقال القاضى : لا يحنث حتى يطأ فينزل فحلا كان أو خصيا ، وقال أبو حنيفة . لا يحنث حتى يحصنها ويحجبها عن الناس لان التسرى مأخوذ من السر ولاصحاب الشافعى ثلاثة أوجه كهذه .

ولنا أن التسرى مأخوذ من السر وهو الوطء لانه يكون فى السر قال الله تعالى (ولكن لا تواعدوهن سراً) وقال الشاعر :

فلن تتطلبوا سرها للغنى ولن تسلموها لازهادها

وقال الآخر :

ألا زعمت بسباسة القوم أننى كبرت وأن لا يحسن السر أمثالى

ولان كل حكم تعلق بالوطء لم يعتبر فيه الانزال ولا التحصين كسائر الاحكام

(فصـــل)

إذا حلف لا يهب له فأهدى اليه أو أعمره حنث لأن ذلك من أنواع الهبة وإن أعطاه من الصدقة الواجبة أو نذر أو كفارة لم يحنث لأن ذلك حق لله تعالى عليه يجب إخراجه فليس هو بهبة منه . وإن تصدق عليه تطوعا فقال القاضى يحنث ، وهو مذهب الشافعى . وقال أبو الخطاب : لا يحنث ، وهو قول أصحاب الرأى لأنهما يختلفان اسما وحكما ، بدليل أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « هو عليها صدقه ولنا هدية » وكانت الصدقة محرمة عليه والهدية حلال له ، وكان يقبل الهدية ولا يقبل الصدقة ، ومع هذا الاختلاف لا يحنث فى أحدهما بفعل الآخر .

ووجه الأول انه تبرع بعين فى الحياة فحنث به كالهدية ، ولأن الصدقة تسمى هبة فلو تصدق بدرهم قيل وهب درهما وتبرع بدرهم ، واختلاف التسمية لكون الصدقة نوعا من الهبة فيختص باسم دونها كاختصاص الهدية والعمرى باسمين ، ولم يخرجهما ذلك عن كونهما هبة ، وكذلك اختلاف الاحكام فإنه قد يثبت للنوع مالا يثبت للجنس ، كما يثبت للآدمى من الأحكام مالا يثبت لمطلق الحيوان فإن وصى له لم يحنث لأن الهبة تمليك فى الحياة والوصية إنما تملك بالقبول بعد الموت فإن أعاره لم يحنث لأن الهبة تمليك الاعيان وليس فى العارية تمليك عين ، ولأن المستعير لا يملك المنفعة وإنما يستبيحها ، ولهذا يملك المعير الرجوع فيها ولا يملك المستعير اجارتها ولا اعارتها ، هذا قول القاضى ومذهب الشافعى

وقال أبو الخطاب يحنث لان العارية هبة المنفعة والاول أصح ، وان أضافه لم يحنث لانه لم يملكه شيئا وانما أباحه ، ولهذا لا يملك التصرف بغير الاكل ، وان باعه وحاباه لم يحنث لأنه معاوضة يملك الشفيع أخذ جميع المبيع ، ولو كان هبة أو بعضه هبة لم يملك أخذه كله

وقال أبو الخطاب : يحنث فى أحد الوجهين لأنه يترك له بعض المبيع بغير ثمن أو وهبه بعض الثمن ، وان وقف عليه فقال أبو الخطاب يحنث لأنه تبرع له بعين فى الحيـــاة ، ويحتمل أن لا يحنث لأن الوقف لا يملك فى رواية ، وان حلف لا يتصدق عليه فوهب له لم يحنث لأن الصدقة نوع من الهبة ولا يحنث الحالف على نوع بفعل نوع آخر ، ولا يثبت للجنس حكم النوع ، ولهذا حرمت

الصدقة على النبي صلى الله عليه وسلم ولم تحرم الهبة ولا الهدية ، وان حلف لا يهب له شيئا فأسقط عنه دينا لم يحنث الا أن ينوى لأن الهبة تمليك عين وليس له الا دين فى ذمته .

« مسألة » قال (ولو حلف أن لا يشترى فلانا أو لا يضربه فوكل فى الشراء والضرب حنث)

وجملته أن من حلف لا يفعل شيئا فوكل من فعله حنث الا أن ينوى مباشرته بنفسه ونحو هذا قول مالك وأبى ثور

وقال الشافعي : لا يحنث الا أن ينوى بيمينه أن لا يستنيب فى فعله أو يكون ممن لم تجر عادته بمباشرته ، لان اطلاق اضافة الفعل يقتضى مباشرته بدليل أنه لو وكله فى البيع لم يجز للوكيل توكيل غيره ؛ وان حلف لا يبيع ولا يضرب فأمر من فعله ، فإن كان ممن يتولى ذلك بنفسه لم يحنث ، وان كان ممن لا يتولاه كالسلطان ففيه قولان .

وان حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه ، فقيل له فيه قولان . وقيل يحنث قولا واحداً .

وقال أصحاب الرأى : ان حلف لا يبيع فوكل من باع لم يحنث ، وان حلف لا يضرب ولا يتزوج فوكل من فعله حنث .

ولنا أن الفعل يطلق على من وكل فيه وأمر به فيحنث به ، كما لو كان ممن لا يتولاه بنفسه ، وكما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلقه أو لا يضرب فوكل من ضرب عند ابى حنيفة ، وقد قال الله تعالى (ولا تحلقوا رءوسكم حتى يبلغ الهدى محله) وقال (محلقين رءوسكم ومقصرين) وكان هذا متناولا للاستنابة فيه ولان المحلوف عليه وجد من نائبه فحنث به كما لو حلف لا يدخل داراً فأمر من حمله اليها . وقولهم ان اضافة الفعل اليه تقتضى المباشرة نمنعه ، ولا نسلم أنه اذا وكل فى فعل يمتنع على الوكيل التوكيل فيه ، ولئن سلمنا فلأن التوكيل يقصد به الامانة والحذق ، والناس يختلفون فيهما ، فإذا عين واحدا لم تجز مخالفة تعيينه بخلاف اليمين : فأما ان نوى بيمينه المباشرة للمحلوف عليه أو كان سبب يمينه

يقتضيها أو قرينة حاله تخصص بها ، لان اطلاقه يقيد بنيته أو بما دل عليها فأشبه ما لو صرح به بلفظه

وان حلف ليشترين أو ليبيعن أو ليضربن فوكل من فعل ذلك بر لما ذكرنا فى طرف النفى ، ولذلك لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « رحم الله المحلقين » تناول من حلق رأسه بأمره .

(فصل) وان حلف ليطلقن زوجته أو لا يطلقها فوكل من طلقها أو قال لها طلقى نفسك فطلقتها، أو قال لها اختارى أو أمرك بيدك فطلقت نفسها بر وحنث والخلاف فيه على ما تقدم . وان قال أنت طالق ان شئت أو ان قمت ، فشاءت أو قامت حنث بغير خلاف ، لان الطلاق منه وانما هى حققت شرطه .

(فصل) فإن حلف لا يضرب امرأته فلطمها أو لكمها أو ضربها بعصا أو غيرها حنث بغير خلاف ، وان عضها أو خنقها أو جز شعرها جزاً يؤلمها قاصداً للاضرار بها حنث ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : لا يحنث لأن ذلك لا يسمى ضربا فلا يحنث به ، كما لو شتمها شتما آلمها

وقد نقل عن أحمد ما يدل على هذا ، فإن مهنا نقل عنه فيمن قال لامرأته : ان لم أضربك اليوم فأنت طالق فعضها أو قرصها أو أمسك شعرها فهو على ما نوى من ذلك ، قال القاضى فظاهر هذا أنه لم يدخله فى اطلاق اسم الضرب

ولنا أن هذا فى العرف يستعمل لكف الاذى المؤلم للجسم فيدخل فيه كل ما اختلفنا فيه ولهذا يقال تضاربا اذا فعل كل واحد منهما هذا بصاحبه : وان لم يكن معهما آلة ، وفارق الشتم فإنه لا يؤلم الجسم وانما يؤلم القلب .

« مسألة » قال (ومن حلف بعتق أو طلاق أن لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً حنث)

وبهذا قال مجاهد وسعيد بن جبير والزهرى وقتادة وربيعة ومالك وأبو عبيد وأصحاب الرأى . وهو المشهور عن الشافعى ، وقال عطاء وعمرو بن دينار وابن أبى نجيح واسحاق وابن المنذر : لا يحنث ، وهو رواية عن أحمد ، لأن الناسى لا يكلف حال نسيانه فلا يلزمه الحنث كالحلف بالله تعالى .

ولنا أن هذا يتعلق به حق آدمى فتعلق الحكم به مع النسيان كالإتلاف

ولأنه حكم علق على شرط فيوجد بوجدان شرطه كالمنع من الصلاة بعد العصر ، وقد سبقت هذه المسألة .

« مسألة » قال (وإذا حلف فتأول في يمينه فله تأويله إذا كان مظلوماً ، وان كان ظالما لم ينفعه تأويله ، لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « يمينك على ما يصدقك به صاحبك »)

معنى التأويل أن يقصد بكلامه محتملا يخالف ظاهره ، نحو أن يحلف انه أخي يقصد أخوة الإسلام أو المشابهة ، أو يعني بالسقف والبناء السماء ، وبالبساط والفراش الأرض وبالأوتاد الجبال وباللباس الليل أو يقول . ما رأيت فلاناً ، يعني ما ضربت رئته ولا ذكرته ، يريد ما قطعت ذكره ، أو يقول جواري أحرار ، يعني سفنه ، ونسائي طوالق، يعني نساء الاقارب منه ، أو يقول ما كاتبت فلانا ولا عرفته ولا أعلمته ولا سألته حاجة ولا أكلت له دجاجة ولا فروجة ولا شربت له ماء ، ولا في بيتي فرش ولا حصير ولا بارية ، وينوي بالمكاتبة مكاتبة الرقيق وبالتعريف جعله عريفا ، وبالأعلام جعله أعلم الشفه ، والحاجة شجرة صغيرة ، والدجاجة الكبة من الغزل ، والفروجة الدراعة والفرش صغار الإبل ، والحصير والحبس والبارية السكين التي يبرى بها . أو يقول : ما لفلان عندي وديعة ولا شيء يعني بما الذي ، أو يقول ما فلان ههنا ويعني موضعا بعينه ، أو يقول : والله ما أكلت من هذا شيئا ولا أخذت منه ، يعني الباقي بعد أخذه وأكله ، فهذا وأشباهه مما يسبق الى فهم السامع خلافه إذا عناه بيمينه فهو تأويل، لأنه خلاف الظاهر ولا يخلو حال الحالف المتأول من ثلاثة أحوال

أحدها أن يكون مظلوما ، مثل من يستحلفه ظالم على شيء لو صدقه لظلمه أو ظلم غيره ، أو نال مسلما منه ضرر فهذا له تأويله .

قال مهنا : سألت أحمد عن رجل له امرأتان اسم كل واحدة منهما فاطمة ، فماتت واحدة منهما فحلف بطلاق فاطمة ونوى التي ماتت . قال ان كان المستحلف له ظالما فالنية نية صاحب الطلاق ؛ وان كان المطلق هو الظالم فالنية

نية الذى استحلف ، وقد روى أبو داود بإسناده عن سويد بن حنظلة قال « خرجنا نريد رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعنا وائل بن حجر فأخذه عدو له فتحرج القوم أن يحلفوا فحلفت انه أخى فخلى سبيله ، فأتينا رسول الله (ص) فذكرت له ذلك فقال : أنت أبرهم وأصدقهم ، المسلم أخو المسلم » وقال النبي صلى الله عليه وسلم « إن فى المعاريض لمندوحة عن الكذب » يعنى سعة المعاريض التى يوهم بها السامع غير ما عناه .

قال محمد بن سيرين : الكلام أوسع من ان يكذب ظريف ، يعنى لا يحتاج أن يكذب لكثرة المعاريض ، وخص الظريف بذلك يعنى به الكيس الفطن، فإنه يفطن للتأويل فلا حاجة به الى الكذب

الحال الثانى : أن يكون الحالف ظالما كالذى يستحلفه الحاكم على حق عنده فهذا ينصرف يمينه الى ظاهر اللفظ الذى عناه المستحلف ، ولا ينفع الحالف تأويله ، وبهذا قال الشافعى ولا نعلم فيه مخالفا ، فإن أباهريرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « يمينك على ما يصدقك به صاحبك » رواه مسلم وأبو داود وعن ابى هريرة قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اليمين على نية المستحلف » رواه مسلم ، وقالت عائشة « اليمين على ماوقع للمحلوف له » ولأنه لو ساغ التأويل لبطل المعنى المبتغى باليمين : إذ مقصودها تخويف الحالف ليرتدع عن الجحود خوفا من عاقبة اليمين الكاذبة فمتى ساغ التأويل له انتفى ذلك وصار التأويل وسيلة إلى جحد الحقوق ولا نعلم فى هذا خلافا .

قال ابراهيم فى رجل استحلفه السلطان بالطلاق على شيء فورى فى يمينه الى شيء آخر أجزأ عنه ، وان كان ظالما لم تجزىء عنه التورية

الحال الثالث : لم يكن ظالما ولا مظلوما ، فظاهر كلام احمد أن له تأويله فروى ان مهنا كان عنده هو والمروذى وجماعة فجاء رجل يطلب المروذى ولم يرد المروذى ان يكلمه ، فوضع مهنا أصبعه فى كفه وقال ليس المروذى ههنا ومايصنع المروذى ههنا ؟ يريد ليس هو فى كفه ولم ينكر ذلك أبو عبدالله . وروى ان مهنا قال له : انى اريد الخروج يعنى السفر الى بلده واحب ان تسمعنى الجزء الفلانى فأسمعه

إياه ثم رآه بعد ذلك فقال : ألم تقل إنك تريد الخروج ؟ فقال له مهنا : قلت لك إنى أريد الخروج الآن؟ فلم ينكر عليه ، وهذا مذهب الشافعى ولا نعلم فى هذا خلافا روى سعيد عن جرير عن المغيرة قال: كان إذا طلب إنسان ابراهيم ولم يرد إبراهيم أن يلقاه خرجت إليه الخادم وقالت اطلبوه فى المسجد ، وقال له رجل إنى ذكرت رجلا بشيء فكيف لى أن أعتذر إليه ؟ قال قل له والله إن الله يعلم ما قلت من ذلك من شيء ، وقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يمزح ولا يقول إلا حقا ، ومزاحه أن يوهم السامع بكلامه غير ما عناه وهو التأويل ، وقال لعجوز « لا تدخل الجنة عجوز » يعنى أن الله ينشئهن أبكاراً عربا أترابا .

وقال أنس «أن رجلا جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله احملنى فقال رسول الله : انا حاملوك على ولد الناقة . قال : وما اصنع بولد الناقة ؟ قال : وهل تلد الابل الا النوق ؟ » رواه ابو داود .

وقال لامرأة وقد ذكرت له زوجها «أهو الذى فى عينه بياض» فقالت يارسول الله انه لصحيح العين ، وأراد النبى صلى الله عليه وسلم البياض الذى حول الحدق .

وقال لرجل احتضنه من ورائه « من يشترى هذا العبد ؟ » فقال يارسول الله تجدنى اذاً كاسداً قال «لكنك عند الله لست بكاسد» وهذا كله من التأويل والمعاريض وقد سماه النبى صلى الله عليه وسلم حقا ، فقال « لا أقول الا حقا »

وروى عن شريح أنه خرج من عند زياد وقد حضره الموت ، فقيل له كيف تركت الأمير ؟ قال تركته يأمر وينهى ، فلما مات قيل له كيف قلت ذلك ، قال ؟ تركته يأمر بالصبر وينهى عن البكاء والجزع .

ويروى عن شقيق أن رجلا خطب امرأة وتحته اخرى ، فقالوا لا نزوجك حتى تطلق امرأتك، فقال اشهدوا انى قد طلقت ثلاثا، فزوجوه فأقام على امرأته فقالوا قد طلقت ثلاثا قال ألم تعلموا انه كان لى ثلاث نسوة فطلقتهن ؟ قالوا بلى ، قال قد طلقت ثلاثا ، فقالوا ما هذا أردنا ، فذكر ذلك شقيق لعثمان فجعلها نيته

وروى عن الشعبى انه كان فى مجلس فنظر اليه رجل ظن انه طلب منه التعريف به والثناء عليه ، فقال الشعبى ان له بيتا وشرفا ، فقيل للشعبى بعد ماذهب الرجل تعرفه ؟ قال لا ، ولكنه نظر الىّ ، قيل فكيف أثنيت عليه ؟ قال شرفه اذناه

وبيته الذى يسكنه . وروى أن رجلا أخـذ على شراب ، فقيل له من أنت ؟ فقال :

أنا ابن الذى لا ينزل الدهر قدره　　وإن نزلت يوما فسوف تعود
ترى النـاس أفواجا على باب داره　　فنهم قيـام حولها وقعود

فظنوه شريفا فخلوا سبيله ، فسألوا عنه فإذا هو ابن الباقلانى ، وأخذ الخوارج رافضيا فقالوا له : تبرأ من عثمان وعلى ، فقال أنا من على ومن عثمان برىء ، فهذا وشبهه هو التأويل الذى لا يعـذر به الظالم ويسوغ لغيره ، مظلوماً كان أو غير مظلوم ، لأن النبى (ص) كان يقول ذلك فى المزاح من غير حاجة به اليه .

(فصـل) والمستحيل نوعان :

أحدهما مستحيل عادة كصعود السماء والطيران وقطع المسافه البعيدة فى مدة قليلة ، فإذا حلف على فعله انعقـدت يمينه ، ذكره القاضى وأبو الخطاب ، لأنه يتصور وجوده ، فإذا حلف عليه انعقدت يمينه ولزمته الكفارة فى الحال لأنه مأيوس من البر فيها فوجبت الكفارة ،كما لو حلف ليطلقن امرأته فماتت

والثانى : المستحيل عقلا ، كرد أمس وشرب الماء الذى فى الكوز ولا ماء فيه ، فقال ابو الخطاب لا تنعقد يمينه ولا تجب بها كفارة ، وهو مذهب مالك ، لأنها يمين قارنها ما يحلها فلم تنعقد ،كيمين الغموس ، أو يمين على غير متصـور فأشبهت يمين الغموس ، وهذا لأن اليمين إنما تنعقد على متصور أو متوهم التصور وليس ههنا واحد منهما .

وقال القاضى تنعقد موجبة للكفارة فى الحال وهذا قول ابى يوسف والشافعى لأنه حلف على فعل نفسه فى المستقبل ولم يفعل، كما لو حلف ليطلقن امرأته فماتت قبل طلاقها وبالقياس على المستحيل عادة ولا فرق بين أن يعلم استحالته أو لا يعلم مثل أن يحلف ليشربن المـاء الذى فى الكوز ولا ماء فيه فالحكم واحد فيمن علم أنه لا ماء فيه ومن لا يعلم . وإن حلف ليقتلن فلانا وهو ميت فهو كالمستحيل عادة لأنه يتصور أن يحييه الله فيقتله وتنعقد يمينه على قول أصحابنا ، وان حلف لأقتلن الميت ، يعنى فى حال موته ، فهو مسـتحيل عقلا فيكون فيه من الخلاف ما قد ذكرناه .

(فصـــل) فإن قال والله ليفعلن فلان كذا أو لا يفعل أو حلف على حاضر فقال والله لتفعلن كذا فأحنثه ولم يفعل فالكفارة على الحالف كذلك قال ابن عمر وأهل المدينة وعطاء وقتادة والأوزاعي وأهل العراق والشافعي لأن الحالف هو الحانث فكانت الكفارة عليه كما لو كان هو الفاعل لما يحنثه ولأن سبب الكفارة إما اليمين وإما الحنث أو هما وأي ذلك قدر فهو موجود في الحالف ، وان قال : أسألك بالله لتفعلن وأراد اليمين فهي كالتي قبلها ، وان أراد الشفاعة اليه بالله فليس بيمين ولا كفارة على واحد منهما .

وان قال بالله لتفعلن فهي يمين لأنه أجاب بجواب القسم الا أن ينوي ما يصرفها وان قال بالله أفعل فليست يمينا لانه لم يجبها بجواب القسم ولذلك لا يصلح أن يقول والله أفعل ولا بالله أفعل وإنما صلح ذلك في التاء لأنها لا تختص بالقسم فيدل على أنه سؤال فلا تجب به كفارة .

فصـــل

وثبت « أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بابرار المقسم » رواه البخاري وهذا والله أعلم على سبيل الندب لا على سبيل الإيجاب بدليل أن أبا بكر قال « أقسمت عليك يا رسول الله صلى الله عليه وسلم لتخبرني بما أصبت مما أخطأت فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تقسم يا أبا بكر » ولم يخبره ولو وجب عليه إبراره لأخبره ويحتمل أن يجب عليه إبراره إذا لم يكن فيه ضرر ويكون امتناع النبي صلى الله عليه وسلم من إبرار أبي بكر لما علم من الضرر فيه ، وان أجابه الى صورة ما أقسم عليه دون معناه عند تعذر المعنى فحسن فإنه روي عن النبي صلى الله عليه وســــلم « أن العبـاس جاءه برجل ليبايعه على الهجرة فقال النبي صلى الله عليه وسلم : لا هجرة بعد الفتح .

وقال العباس : أقسمت عليك يا رسول الله صلى الله عليه وسلم لتبايعنه فوضع النبي صلى الله عليه وسلم يده في يده وقال : أبررت قسم عمي ولا هجرة » وأجابه الى صورة المبايعة دون ما قصد بيمينه .

(فصل) ويستحب إجابة من سأل بالله لما روى ابن عمر قال . قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم « من استعاذ بالله فأعيذوه ، ومن سألكم بالله فأعطوه ، ومن استجار بالله فأجيروه ، ومن أتى اليكم معروفا فكافئوه : فإن لم تجدوا فادعوا له حتى تعلموا أن قد كافأتموه » .

عن أبي ذر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ثلاثة يحبهم الله وثلاثة يبغضهم الله: أما الذين يحبهم الله فرجل سأل قوما فسألهم بالله ولم يسألهم بقرابة بينه وبينهم فتخلف رجل بأعقابهم فأعطاه سرا لا يعلم بعطيته إلا الله عز وجل والذى أعطاه ، وقوم ساروا ليلتهم حتى إذا كان النوم أحب اليهم مما يعدل به فوضعوا رءوسهم فقام يتملقني ويتلوا آياتي ، ورجل كان في سرية فلقوا العدو فهزموا فأقبل بصدره حتى يقتل أو يفتح له . والثلاثة الذى يبغضهم الله الشيخ الزاني والفقير المختال، والغني الظلوم » رواهما النسائي .

فصل

إذا قال حلفت ولم يكن حلف فقال أحمد هي كذبة ليس عليه يمين وعنه عليه الكفارة لأنه أقر على نفسه ، والأول هو المذهب لانه حكم فيما بينه وبين الله تعالى فإذا كذب في الخبر به لم يلزمه حكمه كما لو قال ما صليت وقد صلى . ولو قال على يمين ونوى الخبر فهي كالتي قبلها ، وان نوى القسم فقال أبو الخطاب هي يمين ، وهو قول أصحاب الرأى .

وقال الشافعي : ليس بيمين لانه لم يأت باسم الله تعالى المعظم ولا صفته فلم يكن يمينا كما لو قال حلفت . وهذا أصح إن شاء الله فإن هذه ليست صيغة اليمين والقسم وإنما هي صيغة الخبر فلا يكون بها حالفا ، وإن قدر ثبوت حكمها لزمه أقل ما يتناوله الاسم وهو يمين ما وليست كل يمين موجبة للكفارة فلا يلزمه شيء ووجه الاول أنه كناية عن اليمين ، وقد نوى بها اليمين فتكون يمينا كالصريح .

(فصل) واذا حلف على ترك شيء أو حرمه لم يصر محرما ، وقال أبو حنيفه يصير محرما لقول الله تعالى (لم تحرم ما أحل الله لك ؟) وقوله « قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم » ولان الحنث يتضمن هتك حرمة الاسم المعظم فيكون حراما ولانه اذا حرمه فقد حرم الحلال فيحرم كما لو حرم زوجته .

ولنا أنه إذا أراد التكفير فله فعل المحلوف عليه وحل فعله مع كونه محرما تناقض وتضاد ، والعجب أن أبا حنيفة لا يجوز التكفير إلا بعد الحنث وقد فرض الله تعالى تحلة اليمين فعلى قوله يلزم كون المحرم مفروضا أو من ضرورة المفروض لأنه لا يصل الى التحلة إلا بفعل المحلوف عليه وهو عنده محرم وهذا غير جائز ولأنه لو كان محرما لوجب تقديم الكفارة عليه كالظهار ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذى هو خير وكفر عن يمينك » فأمر بفعل المحلوف عليه ولو كان محرما لم يأمره به وسماه خيراً والمحرم ليس بخير ، وأما الآيه فإنما أراد بها قوله هو على حرام أو منع نفسه منه وذلك يسمى تحريما قال الله تعالى (يحلونه عاما ويحرمونه عاما) وقال (وحرموا ما رزقهم الله) ولم يثبت فيه التحريم حقيقة ولا شرعا

﴿ تم الجزء التاسع من المغنى ويليه الجزء العاشر إن شاء الله ﴾

(فهرس الجزء التاسع من المغني)

{ كتاب قطاع الطريق }

(كتاب الأشربة)

١٦٩ ما أفسدت البهائم بالليل فهو مضمون على أهلها

١٧٠ ان أتلفت البهيمة غير الزرع لم يضمنها مالكها

١٧١ ومن اقتنى كلبا عقوراً. مسائل فى جناية الدواب. ماجنت برجلها فلا ضمان عليه

١٧٢ فان كان على الدابة راكبان . والجمل المقطور ١٧٣ وان وقفت الدابة فى طريق ضيق . وان اصطدم الفارسان وان كان أحدهما يسير بين يدى الاخر

١٧٤ حكم مالو تصادما نفسان يمشيان فماتا ١٧٥ المنحدرة على المصاعدة

١٧٦ حكم ما لو خيف الغرق على السفينة فألقى بعض الركبان متاعه

١٧٧ واذا حرق السفينة فغرقت بما فيها

كتاب الجهاد

١٧٨ الجهاد فرض على الكفاية ١٧٩ يتعين الجهاد فى ثلاثة مواضع . المواطن التى تجب الجهاد فيها وشروط الجهاد السبعة ١٨١ لا شيء بعد الفرائض أفضل من الجهاد ويجب كل عام مرة ١٨٢ غزو البحر أفضل من غزو البر قتال أهل الكتاب أفضل ١٨٣ الغزو مع كل بر وفاجر — لا يستصحب الامير مخذلا ولا مرجفا الخ ١٨٤ يقاتل كل قوم من يليهم من العدو أمر الجهاد موكول الى الامام ١٨٥ يشيع الرجل اذا خرج للغزو ولا يتلقى

١٨٦ تمام الرباط أربعون يوما ١٨٧ أفضل الرباط المقام بأشد الثغور خوفا

١٨٧ الاحاديث فى فضل الشام ١٨٩ يكره نقل النساء والذريه الى الثغور

١٩٠ الحرس فى سبيل الله تعالى — من كان أبواه مسلمين لم يجاهد تطوعا الا باذنهما ١٩١ اذا خوطب بالجهاد فلا اذن لوالديه وكذا باقى الفرائض وان خرج فى جهاد تطوع باذنهما ثم رجعا فى الاذن ١٩٢ ومن عليه دين حال أو مؤجل ١٩٣ يقاتل أهل الكتاب والمجوس ولا يدعون الأمر بالدعوة قبل القتال ١٩٤ يقاتل أهل الكتاب والمجوس

١٩٤ حتى يسلموا أو يعطوا الجزية ١٩٥ من يقر ببذل الجزيه ومن لا يقر

١٩٦ اذا جاء العدو وجب على الناس ان ينفروا المقل والمكثر

١٩٧ لا يدخل مع المسلمين الى أرض العدو من النساء الا المسنة

(كتاب الجزية)

(كتاب الصيد والذبائح)

٣٦٣ الشرط الخامس أن لا يأكل من الصيد
٦٤ « فإن شرب دمه ولم يأكل منه لم يحرم
٦٥ « كل ما يقبل التعليم ويمكن الاصطياد به فحكمه حكم الكلب ، وهل يجب غسل أثر فم الكلب ؟ ٣٦٦ حكم ارسال البازى وصيد الكلب الاسود
٦٧ « حكم ما اذا أدرك الصيد وفيه روح
٦٨ « ان لم يكن معه ما يذكيه أشلى الصائد له عليه ليقتله
٦٩ « حكم ما اذا أرسل كلبه صح فأضاف معه غيره
٧٠ « اذا صاد المجوسى بكلب مسلم لم يبح صيده
٧١ « واذا أرسل جماعة كلابا وسموا فوجدوا الصيد قتيلا
٧٢ « حكم ما لو رمى الصيد فغاب عن عينيه
معنى الاقعاص والانماء وحكم ما وجد بعد يوم الخ
٧٤ « حكم ما لو رماه فوقع فى ماء أو تردى من جبل
٧٦ « « ما لو رمى صيدا فأبان منه عضوا — الحسن كان لا يرى بالطريدة بأسا وما هى ٧٧ حكم نصب المناجل للصيد وما لو صاد بالمعراض
٧٨ « حكم آلات الصيد حكم المعراض
٧٩ « واذا رمى صيدا فعقره ثم رماه آخر فأثبته ورماه ثالث
حكم ما لو رمى صيدا فأثبته ثم رماه آخر
٨١ « « ما لو رمى الصيد اثنان معا فقتلاه
حكم ما لو رمى صيدا فأصابه وبقى على امتناعه حتى دخل دار انسان
٨٢ « واذا تعلق صيد فى شرك انسان . ما لو كان فى سفينة فوثبت سمكة فى حجره
٨٣ « لا يصاد السمك بشيء نجس ولا يؤكل صيد مرتد وان يدين بدين أهل الكتاب : ومن ترك التسمية على الصيد عامدا لم يؤكل
٨٤ « التسمية على الذبيحة معتبرة حال الذبح
٨٥ « ما ند بعيره فلم يقدر عليه فرماه بسهم ٨٦ المسلم والكتابى فى كل ما تقدم من وصف سواء ٣٨٧ وأما ما ذبحوه لكنائسهم
٣٨٨ لا يؤكل ما قتل بالحجر أو البندق لأنه موقوذ

(تم الفهرس والحمد لله رب العالمين)

الجزء العاشر من

المغني

لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة

على مختصر أبي القاسم عمر بن حسين بن عبد الله بن أحمد الخرقي

مطبعة الامام شارع قرقول المنشية بالقلعة

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الكفارات

الأصل فى كفارة اليمين الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم) الآية .

وأما السنة فقول النبى صلى الله عليه وسلم « إذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذى هو خير وكفر عن يمينك » فى أخبار سوى هذا ، وأجمع المسلمون على مشروعية الكفارة فى اليمين بالله تعالى .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (ومن وجبت عليه بالحنث كفارة يمين فهو مخير ان شاء أطعم عشرة مساكين مسلمين أحراراً كباراً كانوا أو صغاراً إذا أكلوا الطعام)

أجمع أهل العلم على أن الحانث فى يمينه بالخيار إن شاء أطعم وإن شاء كسا وإن شاء أعتق أى ذلك فعل أجزأه ولأن الله تعالى عطف بعض هذه الخصال على بعض بحرف (أو) وهو للتخيير

وقال ابن عباس ما كان فى كتاب الله [أو] فهو مخير فيه وما كان [فمن لم يجد] فالأول الأول ، ذكره الامام أحمد فى التفسير والواجب فى الاطعام إطعام عشرة مساكين لنص الله تعالى على عددهم إلا أن لا يجد عشرة مساكين فيأتى ذكره إن شاء الله تعالى ، ويعتبر فى المدفوع اليهم أربعة أوصاف :

أن يكونوا مساكين وهم الصنفان اللذان تدفع اليهم الزكاة المذكوران فى أول أصنافهم فى قوله تعالى (إنما الصدقات للفقراء والمساكين) والفقراء مساكين وزيادة لكون الفقير أشد حاجة من المسكين على ما بيناه ولأن الفقر والمسكنة فى غير الزكاة شىء واحد لانهما جميعاً اسم للحاجة إلى مالا بد منه فى الكفاية ولذلك

لو وصى للفقراء أو وقف عليهم أو للمساكين لكان ذلك لهم جميعاً ، وإنما جعلا صنفين فى الزكاة وفرق بينهما لان الله تعالى ذكر الصنفين جميعا باسمين فاحتيج الى التفريق بينهما .

فأما فى غير الزكاة فكل واحد من الاسمين يعبر به عن الصنفين لأن جهة استحقاقهم واحدة وهى الحاجة الى ما تتم به الكفاية ، ولا يجوز صرفها الى غيرهم سواء كان من أصناف الزكاة أو لم يكن لان الله تعالى أمر بها للمساكين وخصهم بها فلا تدفع الى غيرهم ولان القدر المدفوع الى كل واحد من الكفارة قدر يسير يراد به دفع حاجة يومه فى مؤنته ، وغيرهم من الأصناف لا تندفع حاجتهم بهذا لكثرة حاجتهم واذا صرفوا ما يأخذونه فى حاجتهم صرفوه الى غير ما شرع له

الثانى : أن يكونوا أحرارا فلا يجزىء دفعها الى عبد ولا مكاتب ولا أم ولد وبهذا قال مالك والشافعى ، واختار الشريف أبو جعفر جواز دفعها الى مكاتب نفسه وغيره ، وقال أبو الخطاب : يتخرج جواز دفعها اليه بناء على جواز إعتاقه فى كفارته لانه يأخذ من الزكاة لحاجته أشبه المسكين .

ولنا أن الله تعالى عده صنفاً فى الزكاة غير صنف المساكين ولا هو فى معنى المساكين لأن حاجته غير جنس حاجتهم فدل على أنه ليس بمسكين والكفارة انما هى للمساكين بدليل الآية ، ولأن المسكين يدفع اليه لتتم كفايته والمكاتب إنما يأخذ لفكاك رقبته اما كفايته فإنها حاصلة بكسبه وماله ، فإن لم يكن له كسب ولا مال عجزه سيده ورجع اليه واستغنى بانفاقه، وخالف الزكاة فانها تصرف الى الغنى والكفارة بخلافها

الثالث : ان يكونوا مسلمين فلا يجوز صرفها الى كافر ذميا كان او حربيا وبذلك قال الحسن والنخعى والأوزاعى ومالك والشافعى واسحاق وابو عبيد وقال ابو ثور واصحاب الرأى : يجوز دفعها الى الذمى لدخوله فى اسم المساكين فيدخل فى عموم الاية ولأنه مسكين من اهل دار الاسلام فأجزأ الدفع اليه من الكفارة كالمسلم ، وروى نحو هذا عن الشعبى وخرجه ابو الخطاب وجها فى المذهب بناء على جواز اعتاقه فى الكفارة ، وقال الثورى يعطيهم ان لم يجد غيرهم .

ولنا أنهم كفار فلم يجز إعطاؤهم كمستأمنى أهل الحرب والآية مخصوصة بهذا فنقيس (الرابع) أن يكونوا قد أكلوا الطعام فإن كان طفلا لم يطعم لم يجز الدفع اليه فى ظاهر كلام الخرقى، وقول القاضى وهو ظاهر قول مالك، فإنه قال يجوز الدفع الى الفطيم، وهو إحدى الروايتين عن احمد

والرواية الثانية يجوز دفعها إلى الصغير الذى لم يطعم ويقبض للصغير وليه، وهو الذى ذكره أبو الخطاب فى المذهب وهو مذهب الشافعى وأصحاب الرأى. قال أبو الخطاب وهو قول أكثر الفقهاء لأنه حر مسلم محتاج فأشبه الكبير، ولأن أكله للكفارة ليس بشرط، وهذا يصرف الكفارة الى ما يحتاج اليه مما تتم به كفايته فأشبه الكبير

ولنا قوله تعالى (فإطعام عشرة مساكين) وهذا يقتضى أكلهم له فإذا لم تعتبر حقيقة أكله اعتبر إمكانه ومظنته، ولا تتحقق مظنته فيمن لا يأكل ولأنه لو كان المقصود دفع حاجته لجاز دفع القيمة ولم يتعين الإطعام، وهذا يقيد ما ذكروه، فإذا اجتمعت هذه الاوصاف الاربعة فى واحد جاز الدفع اليه سواء كان صغيراً أو كبيراً، محجوراً عليه أو غير محجور عليه، إلا أن من لا حجر عليه يقبض لنفسه أو يقبض له وكيله، والمحجور عليه كالصغير والمجنون يقبض له وليه.

«مسألة» قال ﴿ لكل مسكين مد من حنطة أو دقيق، أو رطلان خبزاً أو مدان تمراً أو شعيراً ﴾

أما مقدار ما يعطى كل مسكين وجنسه فقد ذكرناه فى باب الظهار، ونص الخرقى على انه يجزىء الدقيق والخبز ونص احمد عليه أيضا وروى عنه لا يجزىء الخبز؛ وهو قول مالك والشافعى، وقال لا يجزىء دقيق ولا سويق لانه خرج عن حالة الكمال والادخار ولا يجزىء فى الزكاة فلم يجزىء فى الكفارة كالقيمة.

ولنا قول الله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم) وهذا قد أطعمهم من أوسط ما يطعم أهله فوجب أن يجزئه. روى الإمام أحمد فى كتاب التفسير بإسناده عن ابن عمر (من أوسط ما تطعمون أهليكم) قال الخبز واللبن.

وفى رواية عنه قال (من أوسط ما تطعمون أهليكم . الخبز والتمر والخبز والزيت والخبز والسمن . وقال أبو رزين (من أوسط ما تطعمون أهليكم) خبز وزيت وخل . وقال الأسود بن يزيد : الخبز والتمر . وعن علي : الخبز والتمر الخبز والسمن الخبز واللحم .

وعن ابن سيرين قال : كانوا يقولون أفضله الخبز واللحم وأوسطه الخبز والسمن وأخسه الخبز والتمر ، وقال عبيدة : الخبز والزيت ؛ وسأل رجل شريحا ماأوسط طعام أهلي ؟ فقال شريح إن الخبز والخل والزيت لطيب ؛ فقال له رجل أفرأيت الخبز واللحم ؟ قال أرفع طعام أهلك وطعام الناس

وعن علي والحسن والشعبي وقتادة ومالك وأبي ثور : يغديهم أو يعشيهم . وهذا اتفاق على تفسير ما فى الآية بالخبز، ولانه أطعم المساكين من أوسط طعام أهله فأجزأه ، كما لو أعطاه حبا ، ويفارق الزكاة من وجهين

احدهما ان الواجب عليه عشر الحب وعشر الحب حب فاعتبر الواجب ، وههنا الواجب الاطعام والخبز أقرب اليه .

والثانى : أن دفع الزكاة يراد للاقتيات فى جميع العام فيحتاج الى ادخاره فاعتبر ان يكون على صفة تمكن من ادخاره عاما والكفارة تراد لدفع حاجة يومه ، ولهذا تقدرت بما الغالب انه يكفيه ليومه ؛ والخبز أقرب الى ذلك لأنه قد كفاه مؤنة طحنه وخبزه .

إذا تقرر هذا فإنه ان أعطى المسكين رطلي خبز بالعراق أجزأه لأنه لا يكون من أقل من مد ، وقدر ذلك بالرطل الدمشقي الذى هو ستمائة درهم خمس أواق وسبع أوقية . وإن طحن مدا وخبزه أجزأه ، نص عليه احمد ، وكذلك إذا دفع دقيق المد الى المسكين اجزأه ، وان دفع الدقيق من غير تقدير حنطته فقال احمد يجزئه بالوزن رطل وثلث ولا يجزئه إخراج مد دقيق بالكيل لانه يروع بالطحن فحصل فى مد دقيق الحب اقل من مد الحب ، وان زاد فى الدقيق عن مد بحيث يعلم انه قدر مد حنطة جاز ، وقول الخرقي فى مد من دقيق يحتمل انه اراد إخراجه بالوزن كما ذكر احمد ، ويحتمل انه اراد مدا من الحنطة طحنه ثم اخرج دقيقه . ويحتمل انه اراد اخراج مايعلم ان حبه مد لما ذكرنا ، ويجب ان يحمل قوله فى الدقيق

والخبز على دقيق الحنطة وخبزها فإن أعطى من الشعير لم يجزئه إلا ضعف ذلك كما لا يجزىء من حبها الا ضعف ما يجزىء من حب البر .

(فصل) والأفضل إخراج الحب لان فيه خروجا من الخلاف . قال احمد : التمر أعجب إلى والدقيق ضعيف والتمر أحب إلى ويحتمل ان يكون إخراج الخبز أفضل لأنه أنفع للمسكين وأقل كلفة وأقرب إلى حصول المقصود منه بغنيته ، والظاهر ان المسكين يأكله ويستغنى به فى يومه ذلك ، والحب يعجز عن طحنه وعجنه فالظاهر انه يحتاج الى بيعه ثم يشترى بثمنه خبزاً فيتكلف حمل كلفة البيع والشراء وغبن البائع والمشترى له وتأخر حصول النفع به وربما لم يحصل له بثمنه من الخبز ما يكفيه ليومه فيفوت المقصود مع حصول الضرر .

(فصل) ويجب أن يكون المخرج فى الكفارة سالما من العيب ولا يكون الحب مسوسا ولا متغيرا طعمه ولا فيه زؤان أو تراب يحتاج إلى تنقية وكذلك دقيقه وخبزه لأنه مخرج فى حق الله عما وجب فى الذمة فلم يجز أن يكون معيبا كالشاة فى الزكاة .

« مسألة » قال (ولو أعطاهم مكان الطعام أضعاف قيمته ورقا لم يجزه)

وجملته انه لا يجزىء فى الكفارة إخراج قيمة الطعام ولا الكسوة فى قول إمامنا ومالك والشافعى وابن المنذر وهو ظاهر قول من سمينا قولهم فى تفسير الآية فى المسألة التى قبلها ، وهو ظاهر من قول عمر بن الخطاب وابن عباس وعطاء ومجاهد وسعيد بن جبير والنخعى ، وأجازه الأوزاعى وأصحاب الرأى لأن المقصود دفع حاجة المسكين وهو يحصل بالقيمة .

ولنا قول الله تعالى (فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم) هذا ظاهر فى عين الطعام والكسوة فلا يحصل التكفير بغيره لأنه لم يؤد الواجب إذا لم يؤد ما أمره الله بأدائه ، ولأن الله تعالى خير بين ثلاثة أشياء ولو جازت القيمة لم ينحصر التخيير فى الثلاثة ، ولأنه لو أريدت القيمة لم يكن للتخيير معنى ، لان قيمة الطعام إن ساوت قيمة الكسوة فهاشىء واحد فكيف يخير

بينهما ؟ وان زادت قيمة أحدهما على الآخر فكيف يخير بين شيء وبعضه ؟ ثم ينبغي انه إذا أعطاه في الكسوة ما يساوي إطعامه ان يجزئه ، وهو خلاف الآية وكذلك لو غلت قيمة الطعام فصار نصف المد يساوي كسوة المسكين ينبغي ان يجزئه نصف المد وهو خلاف الآية ، ولأنه أحد مايكفر به فتعين ماورد به النص كالعتق أو فلا تجزىء فيه القيمة كالعتق . فعلى هـــذا لو أعطاه أضعاف قيمة الطعام لا يجزئه لانه لم يؤد الواجب فلا يخرج عن عهدته

« مسألة » قال (ويعطى من أقاربه من يجوز أن يعطيه من زكاة ماله)

وبهذا قال الشافعي وابو ثور ، ولا نعلم فيه مخالفا ، ولان الكفارة حق مال يجب لله تعالى فجرى مجرى الزكاة فيمن يدفع اليه من أقاربه ومن لا يدفع اليه ، وقد سبق ذلك في باب الزكاة .

(فصل) وكل من يمنع الزكاة من الغني والكافر والرقيق يمنع أخذ الكفارة وهل يمنع منها بنو هاشم ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يمنعون منها لانها صدقة واجبة فمنعوا منها لقول النبي صلى الله عليه وسلم « انا لا تحل لنا الصدقة » وقياسا على الزكاة : والثاني لا يمنعون لانها لم تجب بأصل الشرع فأشبهت صدقة التطوع .

« مسألة » قال (ومن لم يصب الا مسكينا واحدا ردد عليه في كل يوم تتمة عشرة أيام)

وجملته : ان المكفر لا يخلو من ان يجد المساكين بكمال عددهم او لا يجدهم فإن وجدهم لم يجزئه اطعام أقل من عشرة في كفارة اليمين ولا أقل من ستين في كفارة الظهار وكفارة الجماع في رمضان ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور واجاز الاوزاعي دفعها الى واحد : وقال ابو عبيد ان خص بها اهل بيت شديدي الحاجة جاز بدليل ان النبي (ص) قال للمجامع في رمضان حين أخبره بشدة حاجته وحاجة أهله « اطعمه عيالك » ولانه دفع حق الله تعالى الى من هو من اهل الاستحقاق فأجزأه كما لو دفع زكاته الى واحد ، وقال اصحاب الرأي يجوز ان

يرددها على مسكين واحد فى عشرة أيام إن كانت كفارة يمين أو فى ستين ان كان الواجب اطعام ستين مسكينا، ولا يجوز دفعها اليه فى يوم واحد، وحكاه أبو الخطاب رواية عن أحمد لأنه فى كل يوم قد أطعم مسكينا ما يجب للمسكين فاجزأ كما لو أعطى غيره، ولأنه لو أطعم هذا المسكين من كفارة أخرى أجزأه فكذلك اذا أطعمه من هذه الكفارة.

ولنا قول الله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين) ومن اطعم واحداً فما اطعم عشرة فما امتثل الأمر فلا يجزئه، ولان الله تعالى جعل كفارته اطعام عشرة مساكين فإذا لم يطعم عشرة فما أتى بالكفارة، ولان من لم يجز الدفع اليه فى اليوم الاول لم يجز فى اليوم الثانى مع اتفاق الحال كالولد، فأما الواقع على أهله فإنما أسقط الله تعالى الكفارة عنه لعجزه عنها، فإنه لا خلاف فى أن الانسان لا يأكل كفارة نفسه ولا يطعمها عائلته وقد أمر بذلك.

الحال الثانى: العاجز عن عدد المساكين كلهم فانه يردد على الموجودين منهم فى كل يوم حتى تتم عشرة، فان لم يجد الا واحداً ردد عليه تتمة عشرة ايام، وان وجد اثنين ردد عليهما خمسة ايام، وعلى هذا، ونحو هذا قال الثورى وهو اختيار أكثر الاصحاب.

وعن احمد رواية اخرى: لا يجزئه الا كمال العدد وهو مذهب مالك والشافعى لما ذكرنا فى حال القدرة.

ولنا ان ترديد الاطعام فى عشرة ايام فى معنى اطعام عشرة لانه يدفع الحاجة فى عشرة ايام فأشبه مالو اطعم فى كل يوم واحداً والشيء بمعناه يقوم مقامه بصورته عند تعذرها ولهذا شرعت الابدال لقيامها مقام المبدلات فى المعنى ولا يجتزأ بها مع القدرة على المبدلات كذا ههنا.

(فصل) وان اطعم كل يوم مسكينا حتى أكمل العشرة اجزأه بلا خلاف نعلمه لان الواجب اطعام عشرة مساكين وقد اطعمهم، وان دفعها الى من يظنه مسكينا فبان غنيا ففى ذلك وجهان بناء على الروايتين فى دفع الزكاة اليه.

احدهما: لا يجزئه وهو قول الشافعى وابى يوسف وابى ثور وابن المنذر لانه لم يطعم المساكين فلم يجزئه كما لو علم.

والثانى : يجزئه ، وهو قول أبى حنيفة ومحمد لأنه دفعها الى من يظنه مسكينا وظاهره المسكنة فأجزأه كما لو لم يعلم حاله ، وهذا لأن الفقر يخفى وتشق معرفة حقيقته قال الله تعالى (للفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله لا يستطيعون ضربا فى الأرض يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف) فوجب أن يكتفى بظهوره وظنه ، وكذلك لما سأل الرجلان النبى صلى الله عليه وسلم من الصدقة قال « إن شئتما أعطيتكما منها ولا حظ فيها لغنى ولا لقوى مكتسب » وإن بان كافرا أو عبدا لم يجزئه وجها واحدا كقولنا فى الزكاة لأن ذلك لا يكاد يخفى وليس هو فى مظنة الخفاء فإن كان الدافع الامام فأخطأ فى الفقر لم يضمن ، وان أخطأ فى الحرية والاسلام فهل يضمن على الوجهين بناء على خطئه فى الحد .

(فصـــل)

إذا أطعم مسكينا فى يوم واحد من كفارتين ففيه وجهان :

أحدهما : يجزئه لأنه أطعم عن كل كفارة عشرة مساكين فأجزأه كما لو أطعمه فى يومين ولأن من جاز له أن يأخذ من اثنين جاز أن يأخذ من واحد كالقدر الذى يجوز له أخذه من الزكاة .

والثانى : لا يجزئه إلا عن واحد ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف لأنه أعطى مسكينا فى يوم طعام اثنين فلم يجزئه إلا عن واحد كما لو كان فى كفارة واحدة ، وإن أطعم اثنين من كفارتين فى يوم واحد جاز ولا نعلم فى جوازه خلافا وكذلك ان أطعم واحدا من كفارتين فى يومين جاز أيضا بغير خلاف نعلمه ؛ فلو كان على واحد عشر كفارات وعنده عشرة مساكين يطعمهم كل يوم كفارة يفرقها عليهم جاز لأنه أتى بما أمر به فخرج عن عهدته ؛ وبيان أنه أتى بما أمر أنه أطعم عن كل كفارة عشرة مساكين من أوسط ما يطعم أهله ، والحكم فى الكسوة كالحكم فى الطعام على ما فصلناه .

« مسألة » قال (وان شاء كسا عشرة مساكين للرجل ثوب يجزئه أن يصلى فيه وللمرأة درع وخمار)

لا خلاف فى أن الكسوة أحد أصناف كفارة اليمين لنص الله تعالى عليها

فى كتابه بقوله تعالى (أو كسوتهم) ولا تدخل فى كفارة غير كفارة اليمين ولا يجزئه أقل من كسوة عشرة لقول الله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم) وتتقدر الكسوة بما تجزىء الصلاة فيه ، فإن كان رجلا فثوب تجزئه الصلاة فيه ، وان كانت إمرأة فدرع وخمار ، وبهذا قال مالك ، وممن قال لا تجزئه السراويل الاوزاعى وأبو يوسف .

وقال إبراهيم : ثوب جامع ، وقال الحسن كل مسكين حلة إزار ورداء ، قال ابن عمر وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وأصحاب الرأى يجزئه ثوب ثوب ولم يفرقوا بين الرجل والمرأة ، وحكى عن الحسن قال تجزىء العمامة ، وقال سعيد بن المسيب عباءة وعمامة .

وقال الشافعى : يجزىء أقل ما يقع عليه الاسم من سراويل أو إزار أو رداء أو مقنعة أو عمامة وفى القلنسوة وجهان ، واحتجوا بأن ذلك يقع عليه اسم الكسوة فأجزأ كالذى تجوز الصلاة فيه .

ولنا أن الكسوة أحد أنواع الكفارة فلم يجز فيه ما يقع عليه الاسم كالاطعام والاعتاق ولأن التكفير عبادة تعتبر فيها الكسوة فلم يجز فيها أقل مما ذكرناه كالصلاة ولأنه مصروف الى المساكين فى الكفارة فيتقدر كالاطعام ولأن اللابس مالا يستر عورته إنما يسمى عريانا لا مكتسيا ، وكذلك لابس السراويل وحده أو مئزراً يسمى عريانا فلا يجزئه لقول الله تعالى (أو كسوتهم) .

إذا ثبت هذا : فإنه إذا كسا امرأة أعطاها درعا وخمارا لأنه أقل ما يستر عورتها وتجزئها الصلاة فيه وان أعطاها ثوبا واسعا يمكنها أن تستتر به بدنها ورأسها أجزأه ذلك ، وان كسا الرجل أجزأه قميص أو ثوب يمكنه أن يستر عورته ويجعل على عاتقه منه شيئا أو ثوبين يأتزر بأحدهما ويرتدى بالآخر ولا يجزئه مئزر وحده ولا سروال وحده لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا يصلى أحدكم فى ثوب واحد ليس على عاتقه منه شىء » .

(فصل) ويجوز أن يكسوهم من جميع أصناف الكسوة من القطن والكتان والصوف والشعر والوبر والخز والحرير لأن الله تعالى أمر بكسوتهم ولم يعين

جنساً فأى جنس كساهم منه خرج به عن العهدة لوجود الكسوة المأمور بها ، ويجوز أن يكسوهم لبيسا أو جديداً الا أن يكون مما قد بلى وذهبت منفعته لأنه معيب فلا يجزىء كالحب المعيب والرقبة إذا بطلت منفعتها ، وسواء كان ماأعطاهم مصبوغا أو غير مصبوغ ، أو خاما أو مقصوراً ، لأنه تحصل الكسوة المأمور بها والحكمة المقصودة منها .

(فصل) والذين تجزىء كسوتهم هم المساكين الذين يجزىء اطعامهم لأن الله تعالى قال (فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم) فينصرف الضمير اليهم وقد تقدم الكلام فى المساكين وأصنافهم .

« مسألة » قال (وان شاء أعتق رقبة مؤمنة قد صلت وصامت لأن الإيمان قول وعمل ، وتكون سليمة ليس فيها نقص يضر بالعمل)

وجملته : أن اعتاق الرقبة أحد خصال الكفارة بغير خلاف لنص الله تعالى عليه بقوله (أو تحرير رقبة مؤمنة) (١) ويعتبر فى الرقبة ثلاثة أوصاف .

أحدها : أن تكون مؤمنة فى ظاهر المذهب ، وهو قول مالك والشافعى وأبى عبيد ، وعن أحمد رواية أخرى أن الذمية تجزىء وهو قول عطاء وأبى ثور وأصحاب الرأى لقول الله تعالى (فتحرير رقبة) وهذا مطلق فتدخل فيه الكافرة

ولنا انه تحرير فى كفارة فلا تجزىء فيه الكافرة ككفارة القتل والجامع بينهما ان الاعتاق يتضمن تفريغ العبد المسلم لعبادة ربه وتكميل احكامه وعبادته وجهاده ومعونة المسلم فناسب ذلك شرع اعتاقه فى الكفارة تحصيلاً لهذه المصالح والحكم مقرون بها فى كفارة القتل المنصوص على الايمان فيها فيعلل بها ويتعدى ذلك الحكم الى كل تحرير فى كفارة فيختص بالمؤمنة لاختصاصها بهذه الحكمة ، واما المطلق الذي احتجوا به فإنه يحمل على المقيد فى كفارة القتل كما حمل مطلق قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) على المقيد فى قوله تعالى (واشهدوا ذوى عدل منكم) وان لم يحمل عليه من جهة اللغة حمل عليه من جهة القياس .

---

(١) هذه آية كفارة القتل وليس فى آيتى كفارة اليمين والظهار « مؤمنة »

الثانى : أن تكون قد صلت وصامت ، وهذا قول الشعبي ومالك وإسحاق ، قال القاضي : لا يجزىء من له دون السبع لأنه لا تصح منه العبادات فى ظاهر كلام أحمد ، وظاهر كلام الخرقى المعتبر الفعل دون السن فمن صلى وصام ممن له عقل يعرف الصلاة والصيام ويتحقق منه الاتيان به بنيته وأركانه فإنه يجزىء فى الكفارة وان كان صغيراً ولم يوجدا منه لم يجزىء فى الكفارة ، وان كان كبيراً .

وقال أبو بكر وغيره من أصحابنا يجوز اعتاق الطفل فى الكفارة ، وهو قول الحسن وعطاء والزهرى والشافعي وابن المنذر لأن المراد بالايمان ههنا الإسلام بدليل إعتاق الفاسق .

قال الثورى : المسلمون كلهم مؤمنون عندنا فى الأحكام ولا ندرى ماهم عند الله ؟ ولهذا تعلق حكم القتل بكل مسلم بقوله تعالى (ومن قتل مؤمناً خطأ) والصبى محكوم باسلامه يرثه المسلمون ويرثهم ويدفن فى مقابر المسلمين ويغسل ويصلى عليه وإن سبي منفرداً عن أبويه أجزأه عتقه لأنه محكوم بإسلامه ، وكذلك إن سبي مع أحد أبويه ولو كان أحد أبوى الطفل مسلماً والآخر كافراً أجزأ إعتاقه لأنه محكوم باسلامه ، وقال القاضي فى موضع يجزىء إعتاق الصغير فى جميع الكفارات الا كفارة القتل فانها على روايتين .

وقال ابراهيم النخعى ما كان فى القرآن من رقبة مؤمنة فلا يجزىء الا ماصام وصلى وما كان فى القرآن رقبة ليست بمؤمنة فالصبي يجزىء ونحو هذا قول الحسن ووجه قول الخرقى أن الواجب رقبة مؤمنة والايمان قول وعمل فما لم تحصل الصلاة والصيام لم يحصل العمل .

وقال مجاهد وعطاء فى قوله (فتحرير رقبة مؤمنة) قال قد صلت ونحو هذا قول الحسن وابراهيم ، وقال مكحول اذا ولد المولود فهو نسمة فاذا تقلب ظهراً لبطن فهو رقبة فإذا صلى فهو مؤمنة ، ولأن الطفل لا تصح منه عبادة لفقد التكليف فلم يجزىء فى الكفارة كالمجنون ولأن الصبا نقص يستحق به النفقة على القريب أشبه الزمانة ، والقول الاخر أقرب الى الصحة ان شاء الله لأن الايمان الإسلام وهو حاصل فى حق الصغير ، ويدل على هذا ، أن معاوية بن الحكم السلمى أتى

النبي صلى الله عليه وسلم بجارية فقال لها : أين الله ؟ قالت في السماء ، قال : من أنا ؟ قالت : أنت رسول الله ، قال : أعتقها فإنها مؤمنة ، رواه مسلم .

وفي حديث عن أبي هريرة « أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم بجارية أعجمية فقال يا رسول الله ان على رقبة ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم اين الله ؟ فأشارت برأسها الى السماء ، قال : من انا ؟ فأشارت الى رسول الله والى السماء — اى انت رسول الله — قال اعتقها » فحكم لها بالايمان بهذا القول .

فصل

ولا يجزىء اعتاق الجنين في قول اكثر اهل العلم ، وبه قال ابو حنيفة والشافعي ، وقال ابو ثور يجزىء لأنه آدمي مملوك فصح اعتاقه عن الرقبة كالمولود ولنا انه لم تثبت له احكام الدنيا بعد فإنه لا يملك بالارث والوصية ولا يشترط لها كونه آدميا لكونه ثبت له ذلك وهو نطفة او علقة وليس بآدمي في تلك الحال

الثالث : ان لا يكون بها نقص يضر بالعمل وقد شرحنا ذلك في الظهار ويجزىء الصبي وان كان عاجزاً عن العمل لأن ذلك ماض الى زوال وصاحبه سائر الى الكمال ولا يجزىء المجنون لأن نقصه لا غاية لزواله معلومة فأشبه الزمن .

(فصل) وان اعتق غائبا تعلم حياته وتجيء اخباره صح واجزأه عن الكفارة كالحاضر ، وان شك في حياته وانقطع خبره لم يحكم بالاجزاء فيه لأن الأصل شغل ذمته ولا تبرأ بالشك وهذا العبد مشكوك فيه في وجوده فشك في اعتاقه .

فإن قيل : الأصل حياته ، قلنا الا انه قد علم ان الموت لا بد منه وقد وجدت دلالة عليه وهو انقطاع اخباره فإن تبين بعد هذا كونه حيا تبينا صحة عتقه وبراءة الذمة من الكفارة والا فلا .

(فصل وان اعتق غيره عنه بغير امره لم يقع عن المعتق عنه اذا كان حياً وولاؤه للمعتق ولا يجزىء عن كفارته ، وان نوى ذلك ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعي . وحكى عن مالك انه اذا اعتق عن واجب على غيره بغير امره صح لأنه قضى عنه واجبا فصح كما لو قضى عنه دينا .

ولنا انه عبادة من شرطها النية فلم يصح اداؤها عمن وجبت عليه بغير امره

مع كونه من أهل الأمر كالحج ، ولانه أحد خصال الكفارة فلم يصح عن المكفر بغير أمره كالصيام، وهكذا الخلاف فيما إذا كفر عنه بإطعام أو كسوة ولا يجوز أن ينوب عنه فى الصيام بإذنه ولا بغير إذنه لانه عبادة بدنية فلا تدخلها النيابة ، فأما إن أعتق عنه بأمره نظرت فإن جعل له عوضا صح العتق عن المعتق عنه وله ولاؤه واجزأ عن كفارته بغير خلاف علمناه وبه يقول ابو حنيفة ومالك والشافعى وغيرهم لانه حصل العتق عنه بماله فأشبه ما لو اشتراه ووكل البائع فى إعتاقه عنه ، وإن لم يشترط عوضا ففيه روايتان .

إحداهما : يقع العتق عن المعتق عنه ويجزىء فى كفارته ، وهو قول مالك والشافعى لانه أعتق بأمره فصح كما لو شرط عوضا

والاخرى لا يجزىء وولاؤه للمعتق ، وهو قول ابى حنيفة لان العتق بعوض كالبيع وبغير عوض كالهبة ، ومن شرط الهبة القبض ولم يحصل ، فلم يقع عن الموهوب له ، وفارق البيع فإنه لا يشترط فيه القبض ، فإن كان المعتق عنه ميتا نظرت فإن أوصى بالعتق صح لانه بأمره وإن لم يوص به فأعتق عنه أجنبى لم يصح لانه ليس بنائب عنه وإن أعتق عنه وارثه، فإن لم يكن عليه واجب لم يصح العتق عنه ووقع عن المعتق ، وإن كان عليه عتق واجب صح العتق عنه لانه نائب له فى ماله وآداء واجباته ، فإن كانت عليه كفارة يمين فكسا عنه أو أطعم عنه جاز . وإن اعتق عنه ففيه وجهان

أحدهما ليس له ذلك لانه غير متعين لجرى مجرى التطوع

والثانى يجزىء لأن العتق يقع واجبا ، لأن الوجوب يتعين فيه بالفعل فأشبه المعين من العتق ، ولأنه أحد خصال كفارة اليمين فجاز أن يفعله عنه كالاطعام والكسوة ، ولو قال من عليه الكفارة أطعم عنى كفارتى أو اكس ففعل صح رواية واحدة ، سواء ضمن له عوضا أو لم يضمن له عوضا

« مسألة » قال (ولو اشتراها بشرط العتق فأعتقها فى الكفارة عتقت ولم تجزئه عن الكفارة)

وهذا مذهب الشافعي ، وروى عن معقل بن يسار ما يدل عليه ، وذلك لأنه إذا اشتراها بشرط العتق فالظاهر ان البائع نقصه من الثمن لأجل هذا الشرط فكأنه أخذ عن العتق عوضا فلم تجزئه عن الكفارة

قال أحمد : إن كانت رقبة واجبة لم تجزئه لانها ليست رقبة سليمة ، ولأن عتقها يستحق بسبب آخر وهو الشرط فلم تجزئه ، كما لو اشترى قريبه فنوى بشرائه العتق عن الكفارة ، أو قال ان دخلت الدار فأنت حر ثم نوى عند دخوله انه عن كفارته .

(فصل) ولو قال له رجل أعتق عبدك عن كفارتك ولك عشرة دنانير ففعل لم يجزئه عن الكفارة لان الرقبة لم تقع خالصة عن الكفارة . وقال القاضي العتق كله يقع عن باذل العوض وله ولاؤه ، وهذا فيه نظر فان المعتق لم يعتقه عن باذل العوض ولا رضي بإعتاقه عنه ولا باذل العوض طلب ذلك ، والصحيح ان اعتاقه من المعتق والولاء له .

وقد ذكر الخرقي انه اذا قال أعتقه والثمن عليّ فالثمن عليه والولاء للمعتق، فإن رد العشرة على باذلها ليكون العتق عن الكفارة وحدها أو عزم على رد العشرة أو رد العشرة قبل العتق فأعتقه عن كفارته أجزأه .

(فصل) واذا اشترى عبدا ينوى اعتاقه عن كفارته فوجد به عيبا لا يمنع من الاجزاء في الكفارة فأخذ أرشه ثم اعتق العبد عن كفارته اجزأه وكان الارش له لان العتق انما وقع على العبد المعيب دون الارس ، وان أعتقه قبل العلم بالعيب ثم ظهر على العيب فأخذ ارشه فهو له ايضا كما لو اخذه قبل اعتاقه ، وعنه انه يصرف ذلك الارش في الرقاب لانه أعتقه معتقداً انه سليم فكان بمنزلة العوض عن حق الله تعالى ، وكفارة الارش مصروفة في حق الله تعالى ، كما لو باعه كان الارش المشـــتري ، وان علم العيب ولم يأخذ ارشه حتى اعتقه كان الارش للمعتق لانه أعتقه معيبا عالما بعيبه فلم يلزمه أرش كما لو باعه ولم يعلم عيبه

« مسأله » قال (وكذلك لو اشترى بعض من يعتق عليه اذا ملكه ينوى بشرائه الكفارة عتق ولم يجزئه)

وبهذا قال مالك والشافعي وابو ثور وقال أصحاب الرأى يجزئه استحسانا لأنه يجزىء عن كفارة البائع فأجزأ عن كفارة المشترى كغيره

ولنا قوله تعالى (فتحرير رقبة) والتحرير فعل العتق ولم يحصل العتق ههنا بتحرير منه ولا إعتاق فلم يكن ممتثلا الأمر ، ولأن عتقه مستحق بسبب آخر فلم يجزئه كما لو ورثه ينوى به العتق عن كفارته وكأم الولد ويخالف المشترى البائع من وجهين .

أحدهما : ان البائع يعتقه والمشترى لم يعتقه انما يعتق باعتاق الشرع ، وهذا عن غير اختيار منه .

والثانى أن البائع لا يستحق عليه اعتاقه والمشترى بخلافه .

(فصـــل) اذا ملك نصف عبد فأعتقه عن كفارته عتق وسرى الى باقيه ان كان موسراً بقيمة باقيه ولم يجزئه عن كفارته فى قول ابى بكر الخلال وصاحبه ، وحكاه عن احمد وهو قول ابى حنيفة لأن عتق نصيب شريكه لم يحصل باعتاقه انما حصل بالسراية وهى غير فعله ، وانما هى من آثار فعله فأشبه ما لو اشترى من يعتق عليه ينوى به الكفارة ، يحقق هذا انه لم يباشر بالاعتاق الا نصيبه فسرى الى غيره ولو خص نصيب غيره بالاعتاق لم يعتق منه شيء ، ولانه انما يملك اعتاق نصيبه لا نصيب غيره .

وقال القاضى قال غيرهما من أصحابنا يجزئه اذا نوى اعتاق جميعه عن كفارته وهو مذهب الشافعى لانه أعتق عبدا كامل الرق سليم الخلق غير مستحق العتق ناويا به الكفارة فأجزأه كما لو كان الجميع ملكه ، والاول أصح ان شاء الله ، ولا نسلم انه أعتق العبد كله وانما أعتق نصفه وعتق الباقى عليه فأشبه شراء قريبه ، ولان اعتاق باقيه مستحق بالسراية فهو كالقريب ، فعلى هذا هل يجزئه عتق نصفه الذى هو ملكه ويعتق نصفا آخر فتكمل الكفارة ؟ ينبنى على ما اذا اعتق نصفى عبدين ، وسنذكره ان شاء الله .

وان نوى عتق نصيبه عن الكفارة ولم ينو ذلك فى نصيب شريكه لم يجزئه نصيب شريكه ، وفى نصيبه نفسه ماسنذكره ان شاء الله ، ولو كان معسرا فأعتق

نصيبه عن كفارته فكذلك ، فإن ملك باقيه فأعتقه عن الكفارة اجزأه ذلك ، وان أراد صيام شهر واطعام ثلاثين مسكينا لم يجزئه كما لو اعتق نصف عبد فى كفارة اليمين واطعم خمسة مساكين أو كساهم لم يجزئه

(فصل) وان كان العبد كله له فأعتق جزءاً منه معينا او مشاعا عتق جميعه ، وان كان نوى به الكفارة اجزأ عنه لأن اعتاق بعض العبد اعتاق لجميعه ، وان نوى اعتاق الجزء الذى باشره بالاعتاق عن الكفارة دون غيره لم يجزئه عتق غيره وهل يحتسب بما نوى به الكفارة ؟ على وجهين

(فصل) وان قال ان ملكت فلانا فهو حر ، وقلنا يصح هذا التعليق فاشتراه ينوى العتق عن كفارته عتق ولم يجزئه عن الكفارة ويخرج فيه من الخلاف مثل ما فى شراء قريبه والله أعلم

« مسألة » قال (ولا تجزىء فى الكفارة أم ولد)

هذا ظاهر المذهب وبه قال الاوزاعى ومالك والشافعى وأبو عبيد وأصحاب الرأى : وعن احمد رواية أخرى انها تجزىء ، ويروى ذلك عن الحسن وطاوس والنخعى وعثمان البتى لقول الله تعالى (فتحرير رقبة ومعتقها قد حررها

ولنا ان عتقها يستحق بسبب آخر فلم تجزىء عنه كما لو اشترى قريبه او عبدا بشرط العتق فأعتقه وكما لو قال لعبده انت حر ان دخلت الدار ثم نوى عتقه عن كفارته عند دخوله والآية مخصوصة بما ذكرناه فنقيس عليه ما اختلفنا فيه

(فصل) ولد أم الولد الذى ولدته بعد كونها أم ولد حكمه حكمها فيما ذكرناه لان حكمه حكمها فى العتق بموت سيدها

« مسألة » قال (ولا مكاتب قد أدى من كتابته شيئا)

روى عن احمد رحمه الله فى المكاتب ثلاث روايات

احداهن : يجزىء مطلقا اختاره ابو بكر وهو مذهب ابى ثور لان المكاتب عبد يجوز بيعه فأجزأ عتقه كالمدبر ، ولأنه رقبة فدخل فى مطلق قوله سبحانه (فتحرير رقبة)

والثانية : لا يجزىء مطلقاً ، وهو قول مالك والشافعي وأبي عبيد لان عتقه مستحق بسبب آخر ، ولهذا لا يملك إبطال كتابته فاشبه أم الولد .

والثالثة : إن أدى من كتابته شيئا لم يجزئه وإلا أجزأه ، وبهذا قال الليث والأوزاعي وإسحاق وأصحاب الرأي .

قال القاضي : هو الصحيح لانه اذا أدى شيئا فقد حصل العوض عن بعضه فلم يجزىء، كما لو أعتق بعض رقبة واذا لم يؤد فقد أعتق رقبه كاملة مؤمنة سالمة الخلق تامه الملك لم يحصل عن شيء منها عوض فأجزأ عتقها كالمدبر ، ولو أعتق عبداً على مال فأخذه من العبد لم يجزىء عن كفارته في قولهم جميعا .

« مسألة » قال (ويجزئه المدبر)

وهذا قول طاوس والشافعي وأبي ثور وابن المنذر، وقال الأوزاعي وأبو عبيد وأصحاب الرأي : لا يجزىء لان عتقه مستحق بسبب آخر فأشبه أم الولد ، ولأن بيعه عندهم غير جائز فأشبه أم الولد .

ولنا قوله تعالى (فتحرير رقبة) وقد حرر رقبة ولأنه عبد كامل المنفعة يجوز بيعه ولم يحصل عن شيء منه عوض فجاز عتقه كالقن ، والدليل على جواز بيعه ان النبي صلى الله عليه وسلم « باع مدبراً » وسنذكر حديثه في بابه ان شاء الله تعالى ، ولان التدبير إما أن يكون وصية أو عتقا بصفة وأياً ما كان فلا يمنع التكفير بإعتاقه قبل وجود الصفة ، والصفة ههنا الموت ولم يوجد

« مسأله » قال (والخصي)

لا نعلم في إجزاء الخصي خلافا سواء كان مقطوعا أو مشلولا أو موجوءاً لان ذلك نقص لا يضر بالعمل ولا يؤثر فيه بل ربما زادت بذلك قيمته فاندفع فيه ضرر شهوته فأجزأ كالفحل .

« مسأله » قال (وولد الزنا)

هذا قول أكثر أهل العلم : روي ذلك عن فضالة بن عبيد وابي هريرة وبه قال ابن المسيب والحسن وطاوس والشافعي واسحاق وابو عبيد وابن المنذر

وروى عن عطاء والشعبي والنخعي والأوزاعي وحماد أنه لا يجزىء لأن أبا هريرة روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ولد الزنا شر الثلاثة » قال أبو هريرة « لأن أمتع بسوط في سبيل الله أحب الى منه » رواه أبو داود .

ولنا دخوله في مطلق قوله تعالى (فتحرير رقبة) ولأنه مملوك مسلم كامل العمل لم يعتض عن شيء منه ولا استحق عتقه بسبب آخر فأجزأ عتقه كولد الرشيدة فأما الأحاديث الواردة في ذمه فاختلف أهل العلم في تفسيرها ، فقال الطحاوى ولد الزنا هو الملازم للزنا كما يقال ابن السبيل الملازم لها وولد الليل الذى لا يهاب السرقة .

وقال الخطابي عن بعض أهل العلم قال هو شر الثلاثة أصلا وعنصراً ونسباً لأنه خلق من ماء الزنا وهو خبيث وأنكر قوم هذا التفسير وقالوا ليس عليه من وزر والديه شيء ، وقد قال الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) .

وفي الجملة : هذا يرجع إلى أحكام الآخرة أما أحكام الدنيا فهو كغيره في صحة إمامته وبيعه وعتقه وقبول شهادته فكذلك في إجزاء عتقه عن الكفارة لأنه من أحكام الدنيا .

« مسألة » قال (فإن لم يجد من هذه الثلاثة واحداً أجزأه صيام ثلاثة أيام متتابعة)

يعنى إن لم يجد طعاما ولا كسوة ولا عتقاً انتقل الى صيام ثلاثة أيام لقول الله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) وهذا لا خلاف فيه إلا في اشتراط التتابع في الصوم ، وظاهر المذهب اشتراطه كذلك قال إبراهيم النخعي والثوري وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وروى نحو ذلك عن على رضى الله عنه ، وبه قال عطاء ومجاهد وعكرمة .

وحكى ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنه يجوز تفريقها ، وبه قال مالك والشافعي في أحد قوليه لان الأمر بالصوم مطلق ولا يجوز تقييده إلا بدليل ولأنه صام الأيام الثلاثة فلم يجب التتابع فيه كصيام المتمتع ثلاثة أيام في الحج .

ولنا أن فى قراءة أبى وعبد الله بن مسعود (فصيام ثلاثة أيام متتابعات) كذلك ذكره الإمام أحمد فى التفسير عن جماعة وهذا ان كان قرآنا فهو حجة لانه كلام الله الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه، وان لم يكن قرآنا فهو رواية عن النبى صلى الله عليه وسلم اذ يحتمل أن يكون سمعاه من النبى صلى الله عليه وسلم تفسيراً فظناه قرآنا فثبتت له رتبة الخبر ولا ينقص عن درجة تفسير النبى صلى الله عليه وسلم للآية، وعلى كلا التقديرين فهو حجة يصار اليه، ولأنه صيام فى كفارة فوجب فيه التتابع كـكفارة القتل والظهار والمطلق يحمل على المقيد على ما قررناه فيما مضى فعلى هذا ان أفطرت المرأة لمرض أو حيض أو الرجل لمرض لم ينقطع التتابع وبهذا قال أبو ثور واسحاق.

وقال أبو حنيفة: ينقطع فيهما لأن التتابع لم يوجد وفوات الشرط يبطل به المشروط، وقال الشافعى ينقطع فى المرض فى احد القولين ولا ينقطع فى الحيض ولنا انه عذر يبيح الفطر اشبه الحيض فى كفارة القتل.

«مسألة» قال: ولو كان الحانث عبدا لم يكفر بغير الصوم)

لا خلاف فى ان العبد يجزئه الصيام فى الـكفارة لان ذلك فرض المعسر من الأحرار وهو احسن حالا من العبد فإنه يملك فى الجملة، ولأن العبد داخل فى قوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة ايام؛ وان اذن السيد لعبده فى التكفير بالمال لم يلزمه لأنه ليس بمالك لما اذن له فيه.

وظاهر كلام الخرقى انه لا يجزئه التـكفير بغير الصيام، وقد قال غيره من اصحابنا فيما اذا اذن له سيده فى التـكفير بالمـال روايتان.

احداهما: يجوز تـكفيره به، والاخرى: لا يجوز الا بالصيام وقد ذكرنا علل ذلك فى الظهار والاختلاف فيه، وذكر القاضى ان اصل هذا عنده الروايتان فى ملك العبد بالتمليك ان قلنا يملك بالتمليك فملـكه سيده واذن له بالتـكفير بالمال جاز لانه مالك لما يكفر به.

وان قلنا لا يملك بالتمليك ففرضه الصيام لانه لا يملك شيئا يكفر به؛ وكذلك إن قلنا يملك ولم يأذن له سيده بالتـكفير فى المال ففرضه الصيام، وان ملك لانه

محجور عليه ممنوع من التصرف فيما فى يده، قال وأصحابنا يحملون فى العبد روايتين مطلقا سواء قلنا يملك أو لا يملك، ثم على الرواية التى تجيز له التكفير بالمال له ان يطعم وهل له ان يعتق؟ على روايتين.

إحداهما: ليس له ذلك لأن العتق يقتضى الولاء والولاية والارث وليس ذلك للعبد ولكن يكفر بالاطعام وهذا رواية عن مالك، وبه قال الشافعى على القول الذى يجيز له التكفير بالمال.

والثانية: له التكفير بالعتق لان من صح تكفيره بالمال صح بالعتق كالحر ولأنه يملك العبد فصح تكفيره بإعتاقه كالحر، وقولهم: إن العتق يقتضى الولاء والولاية لانسلم ذلك فى العتق فى الكفارة على ما أسلفناه، وإن سلمنا فتخلف بعض الاحكام لا يمنع ثبوت المقتضى فإن الحكم يتخلف بتخلف سببه لا لتخلف أحكامه كما انه يثبت لوجود سببه، ولأن تخلف بعض الاحكام مع وجود المقتضى إنما يكون لمانع منعها، ويجوز أن يختص المنع بها دون غيرها ولهذا السبب المقتضى لهذه الاحكام لا يمنع ثبوته تخلفها عنه فى الرقيق على أن الولاء يثبت باعتاق العبد لكن لا يرث به كما لو اختلف ديناهما، وهذا اختيار أبى بكر وفرع عليه إذا أذن له سيده فأعتق نفسه ففيه قولان.

أحدهما: يجزئه لانه رقبة تجزىء عن غيره فأجزأت عن نفسه كغيره.

والآخر: لا يجزئه لان الاذن له فى الاعتاق ينصرف الى إعتاق غيره وهذا التعليل يدل على أن سيده لو أذن له فى إعتاق نفسه عن كفارته جاز، فأما إن أطلق الاذن فى الاعتاق فليس له أن يعتق الا أقل رقبة تجزىء عن الواجب وليس له اعتاق نفسه اذا كانت أفضل مما يجزىء، وهذا من أبى بكر يقتضى أنه لا يعتبر فى التكفير أن يملكه سيده ما يكفر به لانه لا يملك نفسه بل متى اذن له فى التكفير بالعتق او الاطعام أجزأه لانه لو اعتبر التمليك لما صح له أن يعتق نفسه لانه لا يملكها ولان التمليك لا يكون الا فى معين ولا يصح ان يأذن فيه مطلقا.

(فصل) واذا اعتق العبد عبداً عن كفارته بإذن سيده، وقلنا ان الاعتاق فى الكفارة يثبت به الولاء لمعتقه ثبت ولاؤه للعبد الذى أعتقه، لقول

النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء للمعتق » ولا يرث لأنه ليس من أهل الميراث ولا يمتنع ثبوت الولاء مع انتفاء الارث كما لو اختلف دينهما أو قتل المعتق عتيقه فانه لا يرثه مع ثبوت الولاء له عليه فان عتق المعتق له ورث بالولاء لزوال المانع كما إذا كانا مختلفي الدين فأسلم الكافر منهما ، ذكر هذا طلحة العاقولي ومقتضى هذا أن سيد العبد لا يرث عتيقه في حياة عبده كما لا يرث ولد عبده فإن أعتق عبده ثم مات ورث السيد مولى عبده لانه مولى مولاه كما أنه لو أعتق العبد وله ولد عليه الولاء لمولى أمه يجر ولاءه ويرثه سيده إذا مات أبوه .

(فصل) وليس للسيد منع عبده من التكفير بالصيام سواء كان الحلف أو الحنث بإذنه أو بغير إذنه وسواء أضر به الصيام أو لم يضر به .

وقال الشافعي . ان حنث بغير إذنه والصوم يضر به فله منعه لأن السيد لم يأذن له فيما ألزمه نفسه مما يتعلق به ضرر على السيد فكان له منعه وتحليله كما لو أحرم بالحج بغير اذنه .

ولنا أنه صوم واجب لحق الله تعالى فلم يكن لسيده منعه منه كصيام رمضان وقضائه ويفارق الحج لأن ضرره كثير لطول مدته وغيبته عن سيده وتفويت خدمته ولهذا ملك تحليل زوجته منه ولم يملك منعها صوم الكفارة ، فأما صوم التطوع فان كان فيه ضرر عليه فللسيد منعه منه لانه يفوت حقه بما ليس بواجب عليه . وان كان لا يضر به لم يكن لسيده منعه منه لانه يعبد ربه بما لا مضرة فيه فأشبه ذكر الله تعالى وصلاة النافلة في غير وقت خدمته ، وللزوج منع زوجته منه في كل حال لانه يفوت حقه من الاستمتاع ويمنعه منه .

« مسألة » قال ﴿ ولو حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق عليه فعليه الصوم لا يجزئه غيره ﴾

ظاهر هذا أن الاعتبار في الكفارات بحالة الحنث لانه وقت الوجوب وهو حينئذ عبد فوجب عليه الصوم فلا يجزئه غير ما وجب عليه .

وقال القاضي : هذا فيه نظر فان المنصوص أنه يكفر كفارة عبد لانه انما يكفر بما وجب عليه يوم حنث ، ومعناه أنه لا يلزمه التكفير بالمال فان كفر به أجزأه

وهذا منصوص عن الشافعي ومن أصحابه من قال بقول الخرقي وليس على الخرقي حجة من كلام أحمد بل هو حجة له لقوله انما يكفر ما وجب عليه وانما للحصر تثبت المذكور وتنفي ما عداه ولم يجب عليه إلا الصوم فلا يكفر بغيره .

ووجه ذلك : أنه حكم تعلق بالعبد في رقه فلم يتغير بحريته كالحد وهذا على القول الذي لم يجز فيه للعبد التكفير بالمال باذن سيده ، فأما على القول الآخر فله التكفير ههنا بطريق الاولى لانه اذا جاز له في حال رقه التكفير بالمال ففي حال حريته أولى وانما احتاج الى اذن سيده في حال رقه لان المال لسيده أو لتعلق حقه بماله . وبعد الحرية قد زال ذلك ولا حاجة الى اذنه

وان قلنا : التكفير بأغلظ الأحوال لم يكن له التكفير بغير المال ان كان موسراً وان حلف عبد وحنث وهو حر فحكمه حكم الاحرار لان الكفارة لا تجب قبل الحنث فما وجبت الا وهو حر .

(فصل) ومن نصفه حر فحكمه في التكفير حكم الحر الكامل فاذا ملك بجزئه الحر مالا يكفر به لم يجز له الصيام وله التكفير بأحد الامور الثلاثة ، وظاهر مذهب الشافعي أن له التكفير بالاطعام والكسوة دون الاعتاق لأنه لا يثبت له الولاء ، ومنهم من قال لا يجزئه الا الصيام لانه منقوص بالرق أشبه القن

ولنا قول الله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) وهذا واجد لأنه يملك ملكا تاما فأشبه الحر الكامل ولا نسلم أنه لا يثبت له الولاء ثم ان امتناع بعض أحكامه لا يمنع صحته كعتق المسلم رقيقه الكافر .

• مسألة • قال (ويكفر بالصوم من لم يفضل عن قوته وقوت عياله يومه وليلته مقدار ما يكفر به)

وجملة ذلك : أن كفارة اليمين تجمع تخييرا وترتيبا فيتخير بين الخصال الثلاث فان لم يجدها انتقل الى صيام ثلاثة أيام ، ويعتبر أن لا يجد فاضلا عن قوته وقوت عياله يومه وليلته قدراً يكفر به ، وهذا قول اسحاق ونحوه قال أبو عبيد وابن المنذر .

وقال الشافعي من جاز له الاخذ من الزكاة لحاجته وفقره أجزأه الصيام لانه فقير ولان

النخعي قال إذا كان مالكا لعشرين درهما فله الصيام ، وقال عطاء الخراساني لا يصوم من ملك عشرين درهما ولمن يملك دونها الصيام ، وقال سعيد بن جبير إذا لم يملك الا ثلاثة دراهم كفر بها ، وقال الحسن درهمين وهذان القولان نحو قولنا :

ووجه ذلك : أن الله تعالى اشترط للصيام أن لا يجد بقوله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) ومن وجد ما يكفر به فاضلا عن قوته وقوت عياله فهو واجد فيلزمه التكفير بالمال لظاهر الآية ولأنه حق لا يزيد بزيادة المال فاعتبر فيه الفاضل عن قوته وقوت عياله يومه وليلته كصدقة الفطر .

فصــــل

فلو ملك ما يكفر به وعليه دين مثله وهو مطالب به فلا كفارة عليه لانه حق لآدمي والكفارة حق لله تعالى فإذا كان مطالباً بالدين وجب تقديمه كزكاة الفطر فإن لم يكن مطالبا بالدين فكلام أحمد يقتضي روايتين .

احداهما : تجب الكفارة لأنه لا يعتبر فيها قدر من المال فلم يسقط بالدين كزكاة الفطر .

والثانية . لا تجب لانها حق لله تعالى يجب في المال فأسقطها الدين كزكاة المال وهذا أصح لان حق الآدمي أولى بالتقديم لشحه وحاجته اليه وفيه نفع للغريم وتفريغ ذمة المدين ، وحق الله تعالى مبني على المسامحة لكرمه وغناه ولأن الكفارة بالمال لها بدل ودين الآدمي لا بدل له ، ويفارق صدقة الفطر لكونها أجريت مجرى النفقة ولهذا يتحملها الإنسان عن غيره كالزوج عن امرأته وعائلته ورقيقه ولا بدل لها بخلاف الكفارة .

(فصل) فإن كان له مال غائب أو دين يرجو وفاءه لم يكفر بالصيام ، وهذا قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة : يجزئه الصيام لأنه غير واجد فأجزأه الصيام عملا بقوله تعالى (فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) وقياساً على المعسر والدليل على أنه غير واجد أن المتمتع لو عدم الهدي في موضعه انتقل الى الصيام ولو عدم الماء في موضعه انتقل الى التيمم ولو عدم المظاهر المال في موضعه انتقل الى الصيام والانتقال في هذه المواضع مشروط بعدم الوجدان ولأنه غير متمكن من التكفير بالمال أشبه هذه الأصول .

ولنا أنه حق مال يجب على وجه الطهرة فلم تمنع الغيبة وجوبه كالزكاة ولأنه غير مؤقت ولاضرر فى تأخيره فلم يسقط بغيبته كالزكاة وفارق الهدى فإن له وقتاً يفوت بالتأخير والتيمم يفضى تأخيره الى فوات الصلاة وتأخير كفارة الظهار يفضى الى ترك الوطء وفيه ضرر بخلاف مسألتنا ولا نسلم عدم التمكن ولهذا صح بيع الغائب مع أن التمكن من التسليم شرط .

« مسأله » قال (ومن له دار لا غنى له عن سكناها أو دابة يحتاج الى ركوبها أو خادم يحتاج الى خدمته أجزأه الصيام فى الكفارة)

وجملته . أن الكفارة إنما تجب فيما يفضل عن حاجته الأصلية والسكنى من الحوائج الأصلية ، وكذلك الدابة التى يحتاج الى ركوبها لكونه لا يطيق المشى فيما يحتاج اليه أو لم تجر عادته به ، وكذلك الخادم الذى يحتاج الى خدمته لكونه ممن لا يخدم نفسه لمرض أو كبر أو لم تجر عادته به وهذه الثلاثة من الحوائج الأصليه لا تمنع التكفير بالصيام ولا الزكاة من الاخذ والكفارة .

وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك : من ملك رقبة تجزىء فى الكفارة لا يجزئه الصيام ، وان كان محتاجا اليها لخدمته لانه واجد لرقبة يعتقها فيلزمه ذلك لقوله تعالى (أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام) فاشترط للصيام أن لا يجدها .

ولنا أنها مستغرقة لحاجته الاصلية فلم تمنع جواز الانتقال كالمسكن والمركوب والطعام الذى هو محتاج اليه وما ذكروه يبطل بالطعام المحتاج اليه وبما إذا وجد الماء وهو محتاج اليه للعطش فانه لا يمنع الانتقال الى التيمم ولأن وجدان ثمن الرقبة كوجدانها ولهذا لم يجز لمن وجد ثمنها الانتقال الى الصيام ومع هذا لو وجد ثمنها الذى يحتاج اليه لم يمنعه الانتقال كذا ههنا .

إذا ثبت هذا . فانه إن كان فى شىء من ذلك فضل عن حاجته مثل من له دار كبيرة تساوى أكثر من دار مثله ودابة فوق دابة مثله وخادم فوق خادم مثله يمكن أن يحصل به قدر ما يحتاج اليه وتفضل فضلة يكفر بها فانه يباع منه الفاضل عن كفايته أو يباع الجميع ويبتاع له قدر ما يحتاج اليه ويكفر بالباقى ، وإن تعذر

بيعه أو أمكن البيع ولم يمكن شراء ما يحتاج اليه ترك ذلك وكان له الانتقال الى الصيام لأنه تعذر الجمع بين القيام بحاجته والتكفير بالمال فأشبه ما لو لم يكن فيه فضل .

(فصل) ومن له عقار يحتاج الى أجرته لمؤنته وحوائجه الأصلية أو بضاعة يختل ربحها المحتاج اليه بالتكفير منها أو سائمة يحتاج الى نمائها حاجة أصلية أو أثاث يحتاج اليه وأشباه هذا فله التكفير بالصيام لان ذلك مستغرق لحاجته الأصلية فأشبه المعدم .

« مسأله » قال (ويجزئه ان أطعم خمسة مساكين وكسا خمسة)

وجملته : أنه إذا أطعم بعض المساكين وكسى الباقين بحيث يستوفى العدد أجزأه فى قول إمامنا والثورى وأصحاب الرأى ، وقال الشافعى : لا يجزئه لقول الله تعالى (فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم) فوجه الدلاله من وجهين .

أحدهما : أنه جعل الكفارة أحد هذه الخصال الثلاثة ولم يأت بواحد منها .

الثانى : أن اقتصاره على هذه الخصال الثلاث دليل على انحصار التكفير فيها وما ذكرتموه خصلة رابعة ولأنه نوع من التكفير فلم يجزئه تبعيضه كالعتق ولأنه لفق الكفارة من نوعين فأشبه ما لو أعتق نصف عبد وأطعم خمسة أو كساهم .

ولنا أنه أخرج من المنصوص عليه بعده العدد الواجب فأجزأ كما لو أخرجه من جنس واحد ولأن كل واحد من النوعين يقوم مقام صاحبه فى جميع العدد فقام مقامه فى بعضه كالكفارتين وكالتيمم لما قام مقام الماء فى البدن كله فى الجنابة جاز فى بعضه فى طهارة الحدث فيما اذا كان بعض بدنه صحيحاً وبعضه جريحا وفيما اذا وجد من الماء ما يكفى بعض بدنه ، ولأن معنى الطعام والكسوة متقارب إذ القصد منهما سد الخلة ودفع الحاجة ، وقد استويا فى العدد واعتبار المسكنة فى المدفوع اليه وتنوعهما من حيث كونهما فى الاطعام سداً لجوعه وفى الكسوة ستر العورة لا يمنع الاجزاء فى الكفارة الملفقه منهما كما لو كان أحد الفقيرين محتاجا إلى ستر عورته ، والاخر إلى الاستدفاء ولأنه قد خرج عن عهدة الذين أطعمهم

بالاطعام فيخرج عن عهدة الذين كساهم بالكسوة بدليل أنه لا يلزمه بالانفاق أكثر من إطعام من بقى ولا كسوة أكثر ممن بقى واذا خرج عن عهدة عشرة مساكين وجب أن يجزئه كما لو اتفق النوع .

وأما الاية فإنها تدل بمعناها على ما ذكرناه فإنها دلت على أنه مخير فى كل فقير بين أن يطعمه أو يكسوه وهذا يقتضى ماذكرناه ويصير كما يخير فى الصيد الحرمى بين أن يفديه بالنظير أو يقوم النظير بدراهم فيشترى بها طعاماً يتصدق به أو يصوم عن كل مد يوما ، فلو صام عن بعض الأمداد وأطعم بعضا أجزأ كذلك ههنا ، وكذلك الدية لما كان مخيراً بين إخراج ألف دينار أو اثنى عشر ألف درهم لو أعطى البعض ذهبا والبعض دراهم جاز .

وفارق ما إذا أعتق نصف عبد وأطعم خمسة أو كساهم لأن تنصيف العتق يخل بالاخر لما سنذكره بعد هذا .

(فصـــل)

وان أطعم المسكين بعض الطعام وكساه بعض الكسوة لم يجزئه لانه ماأطعمه الطعام الواجب له ولا كساه الكسوة الواجبة فصار كمن لم يطعمه شيئا ولم يكسه وان أطعم بعض المساكين براً وبعضهم تمراً أو من جنس آخر أجزأ ، وقال الشافعى : لا يجزئه .

ولنا قوله تعالى (فكفارته إطعام عشرة مساكين) وقد أطعمهم من جنس ما يجب عليه ولأنه لو كسا بعض المساكين قطنا وبعضهم كتانا جاز مع اختلاف النوع كذلك الاطعام .

« مسأله » قال (وان أعتق نصفى عبدين أو نصفى أمتين أو نصفى عبد وأمة أجزأ عنه)

وقال الشريف أبو جعفر : هذا قول أكثرهم يعنى أكثر الفقهاء ، وقال أبو بكر بن جعفر : لا يجزىء لأن المقصود من العتق تكميل الاحكام ولا يحصل من إعتاق نصفين .

واختلف أصحاب الشافعى على ثلاثة أوجه فمنهم من قال كقول الخرقى ومنهم

من قال كقول أبي بكر ومنهم من قال ان كان نصف الرقيق حراً أجزأ لأنه يحصل تكميل الأحكام ، وان كان رقيقا لم يجز لأنه لا يحصل .

ولنا أن الأشقاص كالأشخاص فيما لا يمنع منه العيب اليسير دليله الزكاة ، ونعني به اذا كان له نصف ثمانين شاة مشاعا وجبت الزكاة كما لو ملك أربعين منفردة وكالهدايا والضحايا إذا اشتركوا فيها

والأولى أنه لا يجزىء إعتاق نصفين إذا لم يكن الباقي بينهما حراً لأن إطلاق الرقبة إنما ينصرف الى إعتاق الكاملة ولا يحصل من الشقصين ما يحصل من الرقبة الكاملة من تكميل الاحكام وتخليص الادمي من ضرر الرق ونقصه فلا يثبت به من الاحكام ما يثبت بإعتاق رقبة كامله ، ويمتنع قياس الشقصين على الرقبة الكامله ولهذا لو أمر إنسانا بشراء رقبة أو بيعها أو بإهداء حيوان أو بالصدقة به لم يكن له أن يشقصه كذا ههنا .

« مسأله » قال ﴿ وان أعتق نصف عبد وأطعم خمسة مساكين أو كساهم لم يجزئه ﴾

لا نعلم في هذا خلافا وذلك لأن مقصودهما مختلف متباين إذ كان القصد من العتق تكميل الاحكام وتخليص المعتق من الرق ، والقصد من الإطعام والكسوة سد الخله وإبقاء النفس بدفع المجاعة في الطعام وستر العورة ودفع ضرر الحر والبرد في الكسوة فلتقارب معناهما واتحاد مصرفهما جريا مجرى الجنس الواحد فكملت الكفارة من أحدهما بالاخر ولذلك سوى بين عددهما ، ولتباعد مقصد العتق منهما واختلاف مصرفهما ومباينتهما له لم يجريا مجرى الجنس الواحد فلم يكمل به واحد منهما ولذلك خالف عدده عددهما .

(فصل) ولو أطعم بعض المساكين أو كساهم أو أعتق نصف عبد ولم يكن له ما يتم به الكفارة فصام عن الباقي لم يجزئه ولأنه بدل في الكفارة فلم تكمل به كسائر الأبدال مع مبدلاتها ، ولأن الصوم من الطعام والكسوة أبعد من العتق فإذا لم يجز تكميل أحد نوعي المبدل من الاخر فتكميله بالبدل أولى ، فإن قيل يبطل هذا بالغسل والوضوء مع التيمم .

قلنا : التيمم لا يأتى ببعضه بدلا عن بعض الطهارة وإنما يأتى به بكماله وههنا لو أتى بالصيام جميعه أجزأه .

• مسألة • قال (ومن دخل فى الصوم ثم أيسر لم يكن عليه الخروج من الصوم الى العتق أو الاطعام الا أن يشاء)

فى هذه المسألة فصلان . أحدهما : أنه إذا شرع فى الصوم ثم قدر على العتق أو الاطعام أو الكسوة لم يلزمه الرجوع إليها وروى ذلك عن الحسن وقتادة وبه قال مالك والشافعى وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر . وروى عن النخعى والحكم أنه يلزمه الرجوع إلى أحدها وبه قال الثورى وأصحاب الرأى لانه قدر على المبدل قبل إتمام البدل فلزمه الرجوع كالمتيمم اذا قدر على الماء قبل اتمام صلاته .

ولنا : أنه بدل لا يبطل بالقدرة على المبدل فلم يلزمه الرجوع الى المبدل بعد الشروع فيه كما لو شرع المتمتع العاجز عن الهدى فى صوم السبعة الايام فانه لا يخرج بلا خلاف .

والدليل على ان البدل لا يبطل ان البدل الصوم وهو صحيح مع قدرته اتفاقا وفارق التيمم فانه يبطل بالقدرة على الماء بعد فراغه منه ، ولان الرجوع الى طهارة الماء لا مشقة فيه ليسره والكفارة يشق الجمع فيها بين خصلتين وايجاب الرجوع يفضى الى ذلك ، فان قيل ينتقض دليلكم بما اذا شرع المتمتع فى صوم الثلاثة ، قلنا اذا قدر على الهدى فى صوم الثلاثة تبينا انه ليس بعادم له فى وقته لان وقت الهدى يوم النحر بخلاف مسئلتنا .

(الفصل الثانى) انه ان احب الانتقال الى الاعلى فله ذلك فى قول أكثرهم ولا نعلم خلافا الا فى العبد اذا حنث ثم عتق

وقال أبو الخطاب لا يجوز الانتقال فى مسئلتنا محتجا بقول الخرقى اذا حنث وهو عبد فلم يكفر حتى عتق قال وهو ظاهر كلام احمد لقوله فى العبد انما يكفر ما وجب عليه .

ولنا ان العتق والاطعام الاصل فأجزأه التكفير به كالو تكلف الفقير فاستدان وأعتق، وأما العبد اذا عتق فيحتمل انه يجوز له الانتقال كمسئلتنا ، ويحمل كلا م

أحمد على أنه لا يلزمه الانتقال ، ويحتمل أنه يفرق بينه وبين الحر من حيث أن الحر كان يجزئه التكفير بالمال لو تكلفه ، والعبد لم يكن يجزئه إلا الصيام على رواية

(فصل) ولو وجبت الكفارة على موسر فأعسر لم يجزئه الصيام . وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو ثور وأصحاب الرأى : يجزئه لأنه عاجز عن المبدل فجاز له العدول إلى البدل كما لو وجبت عليه الصلاة ومعه ماء فاندفق قبل الوضوء به .

ولنا أن الإطعام وجب عليه فى الكفارة فلم يسقط بالعجز عنه كالاطعام فى كفارة الظهار ، وفارق الوضوء لأن الصلاة واجبة ولا بد من أدائها فاحتيج الى الطهارة لها فى وقتها بخلاف الكفارة

(فصل) والكفارة فى حق العبد والحر ، والرجل والمرأة ، والمسلم والكافر سواء ، لأن الله تعالى ذكر الكفارة بلفظ عام فى جميع المخاطبين فدخل الكل فى عمومه إلا أن الكافر لا يصح منه التكفير بالصيام لأنه عبادة وليس هو من أهلها ولا بالاعتاق لأن من شرطه الأيمان فى الرقبة ، ولا يجوز لكافر شراء مسلم إلا أن يتفق إسلامه فى يديه أو يرث مسلما فيعتقه فيصح إعتاقه ، وان لم يتفق ذلك فتكفيره بالاطعام أو الكسوة فإذا كفر به ثم أسلم لم يلزمه إعادة التكفير ، وان أسلم قبل التكفير كفر بما يجب عليه فى تلك الحال من اعتاق أو اطعام أو كسوة أو صيام ، ويحتمل على قول الخرقى ألا يجزئه الصيام ، لأنه انما يكفر بما وجب عليه حين الحنث ولم يكن الصيام مما وجب عليه .

باب جامع الأيمان

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله تعالى (ويرجع فى الأيمان الى النية)

وجملة ذلك أن مبنى اليمين على نية الحالف فإذا نوى بيمينه ما يحتمله انصرفت يمينه اليه ، سواء كان ما نواه موافقا لظاهر اللفظ أو مخالفا له ، فالموافق للظاهر أن ينوى باللفظ موضوعه الاصلى ، مثل ان ينوى باللفظ العام العموم وبالمطلق الإطلاق وبسائر الالفاظ ما يتبادر الى الافهام منها ، والمخالف يتنوع أنواعا . أحدها أن ينوى بالعام الخاص ، مثل أن يحلف لا يأكل لحما ولا فاكهة ويريد لحما بعينه وفاكهة بعينها .

ومنها أن يحلف على فعل شيء أو تركه مطلقا ، وينوى فعله أو تركه فى وقت بعينه ، مثل أن يحلف لا أتغدى ، يعنى اليوم . أو لا كان ، يعنى الساعة .

ومنها أن ينوى بيمينه غير ما يفهمه السامع منه كما ذكرنا فى المعاريض فى مسألة اذا تأول فى يمينه فله تأويله .

ومنها أن يريد بالخاص العام ، مثل أن يحلف لا شربت لفلان الماء من العطش ، ينوى قطع كل ما له فيه منة أو لا يأوى مع امرأته فى دار يريد جفاءها بترك اجتماعها معه فى جميع الدور ، أو حلف لا يلبس ثوبا من غزلها ، يريد قطع منتها به فيتعلق يمينه بالانتفاع به أو بثمنه مما لها فيه منة عليه

وبهذا قال مالك ، وقال ابو حنيفة والشافعى لاعبرة بالنية والسبب فيما يخالف لفظه لأن الحنث مخالفة ما عقد عليه اليمين واليمين لفظه ، فلو أحنثناه على ماسواه لأحنثنا على ما نوى لا على ما حلف ، ولان النية بمجردها لا تنعقد بها اليمين فكذلك لا يحنث بمخالفتها .

ولنا أنه نوى بكلامه ما يحتمله ويسوغ فى اللغة التعبير به عنه فينصرف يمينه اليه كالمعاريض ، وبيان احتمال اللفظ انه يسوغ فى كلام العرب التعبير بالخاص عن العام ، قال الله تعالى (ما يملكون من قطمير — ولا يظلمون فتيلا — واذاً لا يأتون الناس نقيراً) والقطمير : لفافة النواة ، والفتيل : مافى شقها ؛ والنقير:

النقرة التي في ظهرها ، ولم يرد ذلك بعينه بل نفى كل شيء ، وقال الحطيئة يهجو بنى العجلان : ولا يظلمون الناس حبة خردل

ولم يرد الحبة بعينها ، إنما أراد لا يظلمونهم شيئا ، وقد يذكر العام ويراد به الخاص كقوله تعالى (الذين قال لهم الناس) يعنى رجلا واحداً (إن الناس قد جمعوا لكم) يعنى أبا سفيان وقال تعالى (تدمر كل شيء) ولم يرد السماء والارض ولا مساكنهم وإذا احتمله اللفظ وجب صرف اليمين اليه لقول النبي (ص) «إنما لامرىء ما نوى» ولأن كلام الشارع يحمل على مراده ، إذا ثبت ذلك بالدليل فكذلك كلام غيره وقولهم : إن الحنث مخالفة ما عقد عليه اليمين ، قلنا وهذا كذلك فإنما انعقدت عليه اليمين على ما نواه ولفظه مصروف اليه وليست هذه نية مجردة بل لفظ منوى به ما يحتمله

فصل

ومن شرط انصراف اللفظ الى ما نواه احتمال اللفظ له ، فإن نوى ما لا يحتمله اللفظ مثل أن يحلف لا يأكل خبزاً ، يعنى به لا يدخل بيتا فإن يمينه لا تنصرف الى المنوى لأنها نية مجردة لا يحتملها اللفظ فأشبه مالو نوى ذلك بغير يمين

« مسألة » قال (فإن لم ينو شيئا رجع الى سبب اليمين وما هيجها)

وجملته أنه اذا عدمت النية نظرنا فى سبب اليمين وما أثارها لدلالته على النية فإذا حلف لا يأوى مع امرأته فى هذه الدار ، نظرنا فإن كان سبب يمينه غيظا من جهة الدار لضرر لحقه منها أو منة عليه بها اختصت يمينه بها ، وان كان لغيظ لحقه من المرأة يقتضى جفاءها ولا أثر للدار فيه تعلق ذلك بإيوائه معها فى كل دار ، وكذلك اذا حلف لا يلبس ثوبا من غزلها ، فإن كان سببه المنة عليه منها فكيفما انتفع به أو بثمنه حنث ، وان كان سبب يمينه خشونة غزلها ورداءته لم يتعد بيمينه لبسه ، والخلاف فى هذه المسألة كالخلاف فى التى قبلها قد دللنا على تعلق اليمين بما نواه والسبب دليل على النية فيتعلق اليمين به . وقد ثبت أن كلام الشارع اذا كان خاصا فى شيء لسبب عام تعدى الى ما يوجد فيه السبب كتنصيصه على تحريم

التفاضل فى أعيان ستة أثبت الحكم فى كل ما يوجد فيه معناها كذلك فى كلام الآدمى مثله ، فأما ان كان اللفظ عاما والسبب خاصا مثل من دعى الى غداء فحلف لا يتغدى أو حلف لا يقعد ، فإن كانت له نية فيمينه على ما نوى ، وان لم تكن له نية فكلام احمد يقتضى روايتين :

احداهما أن اليمين محمولة على العموم لان أحمد سئل عن رجل حلف لا يدخل بلدا لظلم رآه فيه فزال الظلم ، فقال النذر يوفى به ، يعنى لا يدخله . ووجه ذلك أن لفظ الشارع اذا كان عاما لسبب خاص وجب الاخذ بعموم اللفظ دون خصوص السبب ، كذلك يمين الحالف

وذكر القاضى فيمن حلف على زوجته أو عبده أن لا يخرج الا باذنه فعتق العبد وطلق الزوجة وخرجا بغير اذنه لا يحنث لان قرينة الحال تنقل حكم الكلام الى نفسها ، وانما يملك منع الزوجة والعبد مع ولايته عليهما ، فكأنه قال ما دمتما فى ملكى ، ولأن السبب يدل على النية فى الخصوص كدلالته عليها فى العموم ، ولو نوى الخصوص لاختصت يمينه به فكذلك اذا وجد ما يدل عليها . ولو حلف لعامل لا يخرج الا باذنه فعزل ، أو حلف أن لا يرى منكرا الا رفعه الى فلان القاضى فعزل ففيه وجهان بناء على ما تقدم . أحدهما لا تنحل اليمين بعزله .

قال القاضى : هذا قياس المذهب لأن اليمين اذا تعلقت بعين موصوفة تعلقت بالعين وان تغيرت الصفة ، وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى .

والوجه الآخر : تنحل اليمين بعزله ، وهو مذهب أبى حنيفة ، لانه لا يقال رفعه اليه الا فى حال ولايته فعلى هذا ان رأى المنكر فى ولايته فأمكنه رفعه فلم يرفعه اليه حتى عزل لم يبر برفعه اليه حال كونه معزولا ، وهل يحنث بعزله ؟ فيه وجهان .

أحدهما يحنث لانه قد فات رفعه اليه فأشبه ما لو مات

والثانى لا يحنث لانه لم يتحقق فواته لاحتمال أن يلى فيرفعه اليه بخلاف ما اذا مات فإنه يحنث لانه قد تحقق فواته ، واذا مات قبل امكان رفعه اليه حنث أيضا لأنه قد فات ، فأشبه ما لو حلف ليضربن عبده فى غد فمات العبد اليوم ، ويحتمل أن لا يحنث لأنه لم يتمكن من فعل المحلوف عليه فأشبه المكره ، وان قلنا لا تنحل يمينه بعزله فرفعه اليه بعد عزله بر بذلك .

(فصل) فإن اختلف السبب والنية ، مثل : أن امتنت عليه امرأته بغزلها فحلف أنه لا يلبس ثوبا من غزلها ينوى اجتناب اللبس خاصة دون الانتفاع بثمنه وغيره قدمت النية على السبب وجها واحداً، لأن النية وافقت مقتضى اللفظ . وإن نوى بيمينه ثوبا واحداً فكذلك فى ظاهر كلام الخرقى، وقال القاضى يقدم السبب لأن اللفظ ظاهر فى العموم والسبب يؤكد ذلك الظاهر ويقويه لان السبب هو الامتنان وظاهر حاله قطع النية فلا يلتفت إلى نيته المخالفة للظاهرين ، والأول أصح لأن السبب إنما اعتبر لدلالته على القصد ، فاذا خالف حقيقة القصد لم يعتبر فكان وجوده كعدمه فلم يبق الا لفظه بعمومه والنية تخصه على ما بيناه فيما مضى

« مسألة » قال (ولو حلف لا يسكن داراً هو ساكنها خرج من وقته ، فان تخلف عن الخروج من وقته حنث)

وجملة ذلك : أن ساكن الدار اذا حلف لا يسكنها فتى أقام فيها بعد يمينه زمنا يمكنه فيه الخروج حنث : لأن استدامة السكنى كابتدائها فى وقوع اسم السكنى عليها ، ألا تراه يقول : سكنت هذه الدار شهراً ، كما يقول : لبست هذا الثوب شهراً ؟ وبهذا قال الشافعى ، وان أقام لنقل رحله وقماشه لم يحنث لأن الانتقال لا يكون إلا بالأهل والمال فيحتاج أن ينقل ذلك معه حتى يكون منتقلا ، وحكى عن مالك أنه ان أقام دون اليوم والليلة لم يحنث ، لأن ذلك قليل يحتاج اليه فى الانتقال فلم يحنث به .

وعن زفر أنه قال : يحنث وان انتقل فى الحال ، لانه لابد من أن يكون ساكنا عقيب يمينه ولو لحظه فيحنث بها وليس بصحيح ، فان مالا يمكن الاحتراز منه لا يراد باليمين ، ولا يقع عليه ، وأما إذا أقام زمنا يمكنه الانتقال فيه فانه يحنث لانه فعل مايقع عليه اسم السكنى فحنث به كموضع الاتفاق ، ألا ترى أنه لو حلف لا يدخل الدار فدخل الى أول جزء منها حنث وان كان قليلا ؟

(فصل) وان أقام لنقل متاعه وأهله لم يحنث ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى : يحنث .

ولنا : أن الانتقال إنما يكون بالأهل والمال على ما سنذكره ولا يمكنه التحرز من هذه الإقامة فلا يقع اليمين عليها وعلى هذا ان خرج بنفسه وترك أهله وماله فى المسكن مع إمكان نقلهم عنه حنث .

وقال الشافعي : لا يحنث اذا خرج بنية الانتقال لانه اذا خرج بنية الانتقال فليس بساكن ، ولانه يجوز أن يريد السكنى وحده دون أهله وماله .

ولنا : ان السكنى تكون بالأهل والمال ، ولهذا يقال : فلان ساكن بالبلد الفلانى وهو غائب عنه بنفسه ، واذا نزل بلداً بأهله وماله يقال: سكنه ، ولو نزله بنفسه لا يقال سكنه . وقولهم : انه نوى السكنى بنفسه لا يصح فان من خرج الى مكان لينقل أهله اليه ولم ينو السكنى بنفسه فأشبه من خرج يشترى متاعا، وان خرج عازما على السكنى بنفسه منفرداً عن أهله الذى فى الدار لم يحنث ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . ذكره القاضى .

وحكى عن مالك : أنه اعتبر نقل عياله دون ماله والأولى ان شاء الله أنه اذا انتقل بأهله فسكن فى موضع آخر فانه لا يحنث ، وان بقى متاعه فى الدار . لان مسكنه حيث حل أهله به ونوى الاقامة به ، ولهذا لو حلف لا يسكن داراً لم يكن ساكنا لها فنزلها بأهله ناويا للسكنى بها حنث .

وقال القاضى : ان نقل اليها ما يتأثث به ويستعمله فى منزله فهو ساكن وان سكنها بنفسه .

(فصل) وإن أكره على المقام لم يحنث لقول النبى صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وكذلك إن كان فى جوف الليل فى وقت لا يجد منزلا يتحول اليه أو يحول بينه وبين المنزل أبواب مغلقة لا يمكنه فتحها أو خوف على نفسه اوأهله أو ماله . فأقام فى طلب النقلة أو انتظاراً لزوال المانع منها أو خرج طالبا للنقلة فتعذرت عليه إما لكونه لم يجد مسكنا يتحول اليه لتعذر الكراء أو غيره أو لم يجد بهائم ينتقل عليها ولا يمكنه النقلة بدونها فأقام ناوياً للنقلة متى قدر عليها لم يحنث ، وان أقام أياماً وليالى ، لأن إقامته عن غير اختيار منه لعدم تمكينه من النقلة ، فإنه اذا لم يجد مسكنا لا يمكنه ترك أهله وإلقاء متاعه فى الطريق فلم يحنث به كالمقيم للاكراه .

وان اقام فى هذا الوقت غير ناو للنقلة حنث ويكون نقله لما يحتاج الى نقله على ما جرت به العادة فلو كان ذا متاع كثير فنقله قليلا قليلا على العادة بحيث لا يترك النقل المعتاد لم يحنث وان أقام أياما ، ولا يلزمه جمع دواب البلد لنقله ولا النقل بالليل، ولا وقت الاستراحة عند التعب ، ولا أوقات الصلوات ؛ لان العادة لم تجر بالنقل فيها ؛ ولو ذهب رحله أو أودعه او أعاره وخرج لم يحنث لأن يده زالت عن المتاع فان تردد الى الدار لنقل المتاع او عائداً لمريض او زائراً لصديق لم يحنث وقال القاضى : ان دخلها ومن رأيه الجلوس عنده حنث والا فلا .

ولنا : ان هذا ليس بسكنى ولذلك لو حلف ليسكنن داراً لم يبر بالجلوس فيها لأنه على هذا الوجه لا يسمى ساكنا به بهذا العذر فلم يحنث به كمالو لم ينو الجلوس وان كان له فى الدار امرأة او عائلة فأرادهم على الخروج معه والانتقال عنها فأبوا ولم يمكنه إخراجهم فخرج وتركهم لم يحنث ، ولان هذا مما لا يمكنه فأشبه ما لم يمكنه نقله من رحله .

(فصل) وان حلف لا يساكن فلانا فالحكم فى الاستدامة على ما ذكرنا فى الحلف على السكنى وان انتقل أحدهما وبقى الآخر لم يحنث لزوال المساكنة وان سكنا فى دار واحدة وكل واحد فى بيت ذى باب وغلق رجع الى نيته بيمينه أو الى سببها وما دلت عليه قرائن أحواله فى المحلوف على المساكنة فيه فان عدم ذلك كله حنث وهذا قول مالك .

وقال الشافعى : ان كانت الدار صغيرة فهما متساكنان لان الصغيرة مسكن واحد ، وان كانت كبيرة إلا أن أحدهما فى البيت والآخر فى الصفة أو كانا فى صفتين أو بيتين ليس على أحدهما غلق دون صاحبه فهما متساكنان ، وان كانا فى بيتين كل واحد منهما له غلق أو كانا فى خان . فليسا متساكنين لان كل واحد منهما ينفرد بمسكنه دون الآخر فأشبها المتجاورين كل واحد منهما ينفرد بمسكنه .

ولنا : أنهما فى دار واحدة فكانا متساكنين كالصغيرة وفارق المتجاورين فى الدارين فإنهما ليسا متساكنين ويمينه على نفى المساكنة لا على المجاورة ، ولو كانا فى دار واحدة حالة اليمين فخرج أحدهما منها وقسماها حجرتين ، وفتحا لكل

واحدة منهما بابا وبينهما حاجز ثم سكن كل واحد منهما فى حجرة لم يحنث لانهما غير متساكنين ، وان تشاغلا ببناء الحاجز بينهما وهما متساكنان حنث . لانهما تساكنا قبل انفراد احدى الدارين من الاخرى ، وهذا قول الشافعى ، ولا نعلم فيه خلافا .

(فصل) فإن حلف لا ساكنت فلانا فى هذه الدار فقسماها حجرتين وبنيا بينهما حائطاً وفتح كل واحد منهما لنفسه باباً ثم سكنا فيهما لم يحنث لما ذكرنا فى التى قبلها ، وهذا قول الشافعى وابن المنذر وأبى ثور وأصحاب الرأى .

وقال مالك : لا يعجبنى ذلك ويحتمله قياس المذهب لكونه عين الدار ولا ينحل بتغيرها كما لو حلف لا يدخلها فصارت فضاء ، والأول أصح لأنه لم يساكنه فيها لكون المساكنة فى الدار لا تحصل مع كونهما دارين وفارق الدخول فانه دخلها متغيرة .

(فصــل)

وان حلف ليخرجن من هذه الدار اقتضت يمينه الخروج بنفسه وأهله كما لو حلف لا يسكنها ، وان حلف ليخرجن من هذه البلدة تناولت يمينه الخروج بنفسه ، لان الدار يخرج منها صاحبها فى اليوم مرات عادة ، فظاهر حاله أنه لم يرد الخروج المعتاد وانما أراد الخروج الذى هو النقلة ، والخروج من البلد بخلاف ذلك ، واذا خرج الحالف فهل له العود فيه ؟ عن أحمد روايتان .

احداهما : لا شىء عليه فى العود ولا يحنث به ، لأن يمينه على الخروج وقد خرج فانحلت يمينه لفعل ما حلف عليه فلم يحنث فيما بعد .

والثانية : يحنث بالعود لان ظاهر حاله قصد هجران ما حلف على الرحيل منه ولا يحصل ذلك بالعود ويمكن حمل هذه الرواية على أن للمحلوف عليه سببا هيج يمينه أو دلت قرينة حاله على ارادته هجرانه أو نوى ذلك بيمينه فاقتضت يمينه دوام اجتنابها ، وان لم يكن كذلك لم يحنث بالعود لأن اليمين تحمل عند عدم ذلك على مقتضى اللفظ ، ومقتضاه ههنا الخروج وقد فعله فانحلت يمينه ، وكذلك الحكم اذا حلف على الرحيل منها الا أنه اذا حلف على الرحيل من بلد لم يبر الا بالرحيل بأهله .

« مسألة » قال (ولو حلف لا يدخل داراً فحمل فأدخلها ولم يمكنه الامتناع لم يحنث)

نص عليه أحمد هذا فى رواية أبى طالب وهو قول الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافا . وذلك لان الفعل غير موجود منه ولا منسوب اليه وان حمل بأمره فأدخلها حنث لانه دخل مختاراً فأشبه ما لو دخل راكبا ، وان حمل بغير أمره ولكنه أمكنه الامتناع فلم يمتنع حنث أيضا لانه دخلها غير مكره فأشبه ما لو حمل بأمره ، وقال أبو الخطاب : فى الحنث وجهان .

أحدهما : لا يحنث لانه لم يفعل الدخول ولم يأمر به فأشبه ما لو لم يمكنه الامتناع ومتى دخل باختياره حنث سواء كان ماشيا أو راكبا أو محمولا أو ألقى نفسه فى ماء فجره اليها أو سبح فيه فدخلها وسواء دخلها من بابها أو تسور حائطها أو دخل من طاقة فيها أو نقب حائطا ودخل من ظهرها أو غير ذلك .

(فصل) فإن أكره بالضرب ونحوه على دخولها فدخلها لم يحنث فى أحد الوجهين وهو أحد قولى الشافعى ، وفى الآخر يحنث ، وهو قول أصحاب الرأى ونحوه قول النخعى لانه فعل ما حلف على تركه ودخلها .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه دخلها مكرها فأشبه ما لو حمل مكرها .

(فصل) وان رقى فوق سطحها حنث ، وبهذا قال مالك وأبو ثور وأصحاب الرأى ، وقال الشافعى لا يحنث ولأصحابه فيما اذا كان السطح محجراً وجهان ، واحتجوا بأن السطح يقيها الحر والبرد ويحرزها فهو كحيطانها .

ولنا أن سطح الدار منها وحكمه حكمها سواء فحنث بدخوله كالمحجر أو كما لو دخل بين حيطانها ، ودليل ذلك أنه يصح الاعتكاف فى سطح المسجد ويمنع الجنب من اللبث فيه ولو حلف ليخرجن من الدار فصعد سطحها لم يبر ولو حلف أن لا يخرج منها فصعد سطحها لم يحنث ولانه داخل فى حدود الدار ومملوك لصاحبها ويملك بشرائها ويخرج من ملك صاحبها ببيعها والبائت عليه يقال بات فى داره ، وبهذا يفارق ماوراء حائطها فإن كان فى اليمين قرينة لفظية أو حالية

تقتضى اختصاص الارادة بداخل الدار مثل أن يكون سطح الدار طريقا وسبب يمينه يقتضى ترك وصلة أهل الدار لم يحنث بالمرور على سطحها ، وكذلك ان نوى بيمينه باطن الدار تقيدت يمينه بما نواه لأنه ليس للمرء الا ما نواه .

فصل

فإن تعلق بغصن شجرة فى الدار لم يحنث ، وان صعد حتى صار فى مقابلة سطحها بين حيطانها حنث . وان لم ينزل بين حيطانها احتمل ان يحنث لأنه فى هوائها ، وهواؤها ملك لصاحبها ، فأشبه ما لو قام على سطحها . واحتمل أن لا يحنث لأنه لا يسمى داخلا ولا هو على شيء من أجزائها ، وكذلك ان كانت الشجرة فى غير الدار فتعلق بفرع ماد على الدار فى مقابلة سطحها ، فإن قام على حائط الدار احتمل وجهين .

أحدهما انه يحنث ، وهو قول أبى ثور وأصحاب الرأى ، لأنه داخل فى حدها فأشبه القائم على سطحها .

والثانى : لا يحنث لأنه لا يسمى دخولا . وان قام فى طاق الباب فكذلك لأنه بمنزلة حائطها . وقال القاضى : اذا قام على العتبة لم يحنث لأن الباب اذا غلق حصل خارجا منها ولا يسمى داخلا فيها .

(فصل) وان حلف أن لا يضع قدمه فى الدار فدخلها راكبا أو ماشيامنعولا أو حافيا حنث كما لو حلف أن لا يدخلها ، وبهذا قال أصحاب الرأى ، وقال أبو ثور : ان دخلها راكبا لم يحنث لانه لم يضع قدمه فيها .

ولنا أنه قد دخل الدار فحنث كما لو دخلها ماشيا ، ولا نسلم أنه لم يضع قدمه فيها فإن قدمه موضوعة على الدابة فيها . فأشبه مالو دخلها منتعلا وعلى أن هذا فى العرف عبارة عن اجتناب الدخول فتحمل اليمين عليه ، فإن قيل : هذا مجاز لا يحمل اليمين عليه . قلنا : المجاز اذا اشتهر صار من الاسماء العرفية فينصرف اللفظ باطلاقه اليه كلفظ الراوية والدابة وغيرهما

(فصل) وان حلف لا يدخل هذه الدار من بابها فدخلها من غير الباب لم يحنث لان يمينه لم تتناول غير الباب ، ويتخرج انه يحنث اذا أراد بيمينه اجتناب الدار ولم يكن للباب سبب هيج يمينه : كما لو حلف لا يأوى مع زوجته فى دار

فـأوى معها فى غيرها ، وان حول بابها فى مكان آخر فدخل فيه حنث لأنه دخلها من بابها وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعى ، وان حلف لا دخلت من باب هذه الدار فكذلك ، وان جعل لها باب آخر مع بقاء الأول فدخل منه حنث لأنه دخل من باب الدار ، وان قلع الباب ونصب فى دار أخرى وبقى الممر حنث بدخوله ولم يحنث بالدخول من الموضع الذى نصب فيه الباب ، لان الدخول فى الممر لا من المصراع .

(فصل)

فإن حلف لا يدخل دار فلان فدخل داراً مملوكة له أو داراً يسكنها بأجرة أو عارية أو غصب حنث وبذلك قال أبو ثور وأصحاب الرأى .

وقال الشافعى : لا يحنث إلا بدخول دار يملكها ، لأن الإضافة فى الحقيقة الى المالك بدليل أنه لو قال : هذه الدار لفلان كان مقراً له بملكها ولو قال : أردت أنه يسكنها لم يقبل .

ولنا أن الدار تضاف الى ساكنها كإضافتها الى مالكها ، قال الله تعالى (لاتخرجوهن من بيوتهن) أراد بيوت أزواجهن التى يسكنها ، وقال تعالى (وقرن فى بيوتكن) ولأن الإضافة للاختصاص وكذلك يضاف الرجل الى أخيه بالأخوة وإلى أبيه بالبنوة والى ولده بالأبوة والى امرأته بالزوجية وساكن الدار مختص بها فكانت إضافتها اليه صحيحة وهى مستعملة فى العرف فوجب أن يحنث بدخولها كالمملوكة له .

وقولهم : ان هذه الإضافة مجاز ممنوع بل هى حقيقة لما ذكرناه ، ولو كانت مجازاً ، لكنه مشهور فيتناوله اللفظ كما لو حلف لا شربت من راوية فلان فانه يحنث بالشرب من مزادته ، وأما الاقرار فانه لو قال هذه دار زيد وفسر إقراره بسكناها احتمل أن نقول يقبل تفسيره ، وان سلمنا فإن قرينة الاقرار تصرفه الى الملك ، وكذلك لو حلف لا دخلت مسكن زيد حنث بدخوله الدار التى يسكنها ، ولو قال هذا المسكن لزيد كان مقراً له بها ، ولا خلاف فى هذه المسألة وهى نظيرة مسألتنا .

(فصل) ولو حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة استأجرها فلان حنث

وان ركب دابة استعارها لم يحنث ذكره أبو الخطاب ، وكذلك لو ركب دابة غصبها فلان وفارق مسألة الدار فإنه لم يحنث فى الدار لكونه استعارها ولا غصبها وإنما حنث لسكناه بها فأضيفت الدار اليه لذلك ، ولو غصبها أو استعارها من غير أن يسكنها لم تصح إضافتها اليه ، ولا يحنث الحالف فيكون كمستعير الدابة وغاصبها سواء .

(فصل) وان حلف لا يدخل دار هذا العبد ولا يركب دابته ولا يلبس ثوبه فدخل داراً جعلت برسمه أو ركب دابة جعلت برسمه أو لبس ثوبا جعل برسمه حنث وعند الشافعى لا يحنث لأنه لا يملك شيئاً والاضافة تقتضي الملك وقد قدمنا الكلام معه فى الفصل الذى قبل هذا ، ويختص هذا الفصل بأن الملكية لا تمكن ههنا ، ولا تصح الاضافة بمعناها فتعين حمل الاضافة ههنا على إضافة الاختصاص دون الملك ، وان حلف لا يدخل دار زيد فدخل دار عبده حنث وبه قال أبو حنيفة والشافعى ولا نعلم فيه خلافا ، لأن دار العبد ملك لسيده ، وان حلف لا يلبس ثوب السيد ولا يركب دابته فلبس ثوب عبده وركب دابته حنث وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يحنث لأن العبد بهما خص ولنا أنهما مملوكان للسيد فتناولتهما يمين الحالف كالدار وما ذكروه يبطل بالدار

« مسألة » قال (ولو حلف لا يدخل داراً فأدخل يده أو رجله أو رأسه أو شيئاً منه حنث ، ولو حلف أن يدخل لم يبر حتى يدخل بجميعه أما إذا حلف ليدخلن أو يفعل شيئا لم يبر الا بفعل جميعه والدخول اليها بجملته)

لا يختلف المذهب فى شيء من ذلك ولا نعلم بين أهل العلم فيه اختلافا لأن اليمين تناولت فعل الجميع كما لو أمره الله تعالى بفعل شيء لم يخرج من عهدة الأمر إلا بفعل الجميع ولأن اليمين على فعل شيء إخبار بفعله فى المستقبل مؤكد بالقسم والخبر بفعل شيء يقتضى فعله كله ، فأما ان حلف لا يدخل فأدخل بعضه ولا يفعل شيئا ففعل بعضه ففيه روايتان .

إحداهما : لا يحنث وحكى عن مالك لان اليمين يقتضى المنع من فعل المحلوف عليه فاقتضت المنع من فعل شيء منه كالنهى فنظير الحالف على الدخول قوله تعالى

(أدخلوا الباب سجداً وادخلوا عليهم الباب) فلا يكون المأمور ممتثلا إلا بدخول جملته ونظير الحالف على ترك الدخول قوله سبحانه (لاتدخلوا بيوتا غير بيوتكم) وقوله (لا تدخلوا بيوت النبي) لا يكون المنهي ممتثلا إلا بترك الدخول كله فكذلك الحالف على ترك الدخول لا يبرأ إلا بتركه كله فمتى أدخل بعضه لم يكن تاركا لما حلف عليه فكان مخالفا كالمنهي عن الدخول . ووجه الجمع بينهما أن الآمر والناهي يقصد الحمل على فعل الشيء أو المنع منه والحالف يقصد بيمينه ذلك فكانا سواء . يحققه أن الآمر بالفعل أو الحالف عليه يقصد فعل الجميع فلا يكون ممتثلا ولا باراً إلا بفعله كله والناهي والحالف على الترك يقصد ترك الجميع فلا يكون ممتثلا ولا بارا الا بترك الجميع ، وفاعل البعض ما فعل الجميع ولا ترك الجميع فلا يكون ممتثلا للأمر ولا النهي ولا باراً بالحلف على الفعل ولا الترك

والرواية الثانية لايحنث إلا بأن يدخل كله ، قال أحمد فى رواية صالح وحنبل فيمن حلف على امرأته لا تدخل بيت أخيها لم تطلق حتى تدخل كلها ، ألا ترى أن عوف بن مالك قال كلي أو بعضي لأن الكل لا يكون بعضا والبعض لايكون كلا ، وهذا اختيار ابى الخطاب ومذهب ابى حنيفة والشافعى ، وهكذا كل شيء حلف أن لا يفعله ففعل بعضه لا يحنث حتى يفعله كله : لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج رأسه الى عائشة وهو معتكف فترجله وهي حائض ، والمعتكف ممنوع من الخروج من المسجد ، والحائض ممنوعة من اللبث فيه

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لأبي بن كعب « إني لا أخرج من المسجد حتى أعلمك سورة ، فلما أخرج رجله من المسجد علمه إياها » ولأن يمينه تعلقت بالجميع فلم تنحل بالبعض كالاثبات ، وهذا الخلاف فى اليمين المطلقة ، فأما إن نوى الجميع أو البعض فيمينه على ما نوى ، وكذلك ان اقترنت به قرينة تقتضي أحد الأمرين تعلقت يمينه به ، فلو قال : والله لا شربت هذا النهر أو هذه البركة تعلقت يمينه ببعضه وجها واحدا لأن فعل الجميع ممتنع فلا ينصرف يمينه إليه

وكذلك لو قال والله لا آكل الخبز ولا أشرب الماء وما أشبهه مما علق على اسم جنس أو علقه على اسم جمع كالمسلمين والمشركين والفقراء والمساكين فإنما يحنث بالبعض ، وبهذا قال ابو حنيفة وسلمه أصحاب الشافعى فى اسم الجنس دون

الجمع ، وإن علقه على اسم جنس مضاف كماء النهر حنث أيضا بفعل البعض إذا كان مما لا يمكن شربه كله ؛ وهو قول أبي حنيفة وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، والآخر لا يحنث لأن لفظه يقتضي جميعه فلم يتعلق ببعضه كماء الإداوة

ولنا انه لا يمكن شرب جميعه فتعلقت اليمين ببعضه كما لو حلف لا يكلم الناس فكلم بعضهم ، وبهذا فارق ماء الإداوة ، وإن نوى بيمينه فعل الجميع أو كان في لفظه ما يقتضي ذلك لم يحنث إلا بفعل الجميع

وإن قال والله لا صمت يوماً لم يحنث حتى يكمله ، وان حلف لا صليت صلاة ولا أكلت أكلة لم يحنث حتى يكمل الصلاة والأكلة . وإن قال لامرأته : إن حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من حيضة مستقبلة ، وان قال لامرأتيه ان حضتما فأنتما طالقتان لم تطلق واحدة منهما حتى تحيضا كلتاهما ، فهذا وأشباهه مما يدل على إرادته فعل الجميع فوجب تعلق اليمين به .

وقال احمد في رجل قال لامرأته: إذا صمت يوما فأنت طالق إذا غابت الشمس من ذلك اليوم طلقت

وقال القاضي : إذا حلف لاصليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يسمى صلاة ولو حلف لا يصلي ولا يصوم حنث في الصلاة بتكبيرة الاحرام ، وفي الصيام بطلوع الفجر اذا نوى الصيام ، وبهذا قال الشافعي ، ووافق أبو حنيفة في الصيام وقال في الصلاة : لا يحنث حتى يسجد سجدة

ولنا أنه يسمى مصليا بدخوله في الصلاة فحنث به كما لو سجد سجدة ، ولأنه شرع فيما حلف عليه أشبه الصيام يشرع فيه ، واختار ابو الخطاب أن لا يحنث حتى يصلي ركعة بسجدتيها ؛ ولا يحنث في الصيام حتى يصوم يوما كاملا ، لأن ما دون ذلك لا يكون بمفرده صوما ولا صلاة ، والاول أولى فإن كل جزء من ذلك صلاة وصيام لكن يشترط لصحته إتمامه ، وكذلك يقال لمن أفسد ذلك بطل صومه وصلاته

« مسألة » قال (ومن حلف ألا يلبس ثوبا وهو لابسه نزعه من وقته ، فإن لم يفعل حنث)

وجملة ذلك أن من حلف لا يلبس ثوبا هو لابسه فإن نزعه فى الحال وإلا حنث ، وكذلك ان حلف لا يركب دابة هو راكبها فإن نزل فى أول حالة الإمكان والا حنث ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور : لا يحنث باستدامته اللبس والركوب حتى يبتدئه ، لأنه لو حلف لا يتزوج ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث كذا ههنا

ولنا أن استدامة اللبس والركوب تسمى لبسا وركوبا ويسمى به لابسا وراكبا ، ولذلك يقال لبست هذاالثوب شهرا وركبت دابتى يوما فحنث باستدامته كما لو حلف لا يسكن فاستدام السكنى وقداعتبر الشرع هذا فى الاحرام حيث حرم لبس المخيط فأوجب الكفارة فى استدامته كما أوجبها فى ابتدائه : وفارق التزويج فإنه لا يطلق على الاستدامة ، فلا يقال تزوجت شهراً وانما يقال منذ شهر ، ولهذا لم تحرم استدامته فى الإحرام كابتدائه

(فصل) فإن حلف لايتزوج ولا يتطيب ولا يتطهر فاستدام ذلك لم يحنث فى قولهم جميعا لانه لا يطلق على مستديم هذه الافعال اسم الفعل فلا يقال تزوجت شهرا ولا تطهرت شهرا ولا تطيبت شهراً وانما يقال منذ شهر ، ولم ينزل الشارع استدامة التزويج والطيب منزلة ابتدائها فى تحريمه فى الإحرام وايجاب الكفارة فيه .

(فصل) وان حلف لا يدخل دارا هو فيها فأقام فيها ففيه وجهان

أحدهما : يحنث لأن استدامة المقام فى ملك الغير كابتدائه فى التحريم . قال أحمد فى رجل حلف على امرأته لادخلت أنا وأنت هذه الدار وهما جميعا فيها قال أخاف أن يكون قد حنث

والثانى لا يحنث ، ذكره القاضى واختاره أبو الخطاب ، وهو قول أصحاب الرأى لأن الدخول لا يستعمل فى الاستدامة ، ولهذا يقال دخلتها منذ شهر ولا يقال دخلتها شهراً فجرى مجرى التزويج ، ولأن الدخول الانفصال من خارج الى داخل فلا يوجد فى الإقامة وللشافعى قولان كالوجهين ، ويحتمل أن من أحنثه انما كان لأن ظاهر حال الحالف انه يقصد هجران الدار ومباينتها، والاقامة فيها تخالف ذلك فجرى مجرى الحالف على ترك السكنى به

(فصل) فإن حلف لا يضاجع امرأته على فراش وهما متضاجعان فاستدام ذلك حنث، لان المضاجعة تقع على الاستدامة ، ولهذا يقال اضطجع على الفراش ليلة . وإن كان هو مضطجعا على الفراش وحده فاضطجعت عنده عليه نظرت فان قام لوقته لم يحنث وان استدام حنث لما ذكرنا ، وان حلف لا يصوم وهو صائم فأتم يومه فقال القاضي لايحنث، ويحتمل أن يحنث لان الصوم يقع على الاستدامة يقال صام يوما ، ولو شرع فى صوم يوم العيد فظن أنه من رمضان فبان أنه يوم العيد حرمت عليه استدامته ، وان حلف لا يسافر وهو مسافر فأخذ فى العود او أقام لم يحنث وان مضى فى سفره حنث لان الاستدامة سفر ، ولهذا يقال سافرت شهراً

(فصـــل)

وان حلف لا يلبس هذا الثوب وكان رداء فى حال حلفه فارتدى به او ائتزر او اعتم به او جعله قميصا او سراويل او قباء ولبسه حنث ، وكذلك ان كان قميصا فارتدى به أو سراويل فائتزر به حنث ، هـذا هو الصحيح من مذهب الشـافعى لانه قد لبسه ، وان قال فى يمينه لا ألبسه وهو رداء فغيره عن كونه رداء ولبسه لم يحنث لان اليمين وقعت على ترك لبسه رداء، وان قال والله لالبست شيئاً فلبس قميصا اوعمامة أوقلنسوة او درعا او جوشنا او خفا او نعلا حنث ، وقال أصحاب الشافعى فى الخف والنعل وجهان . أحدهما : لا يحنث .

ولنا أنه ملبوس حقيقة وعرفا فحنث به كالثياب ، وفى الحديث أن النجاشى أهدى الى النبى صلى الله عليه وسلم خفين فلبسهما. وقيل لابن عمر إنك تلبس هذا النعال ، قال إنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبسها ، وان ترك القلنسوة فى رجله أو أدخل يده فى الخف أو النعل لم يحنث لان ذلك ليس بلبس لهما .

(فصل) وان حلف ليلبسن امرأته حليا فلبسها خاتما من فضة أو مخنقة من لؤلؤ او جوهر وحده بر فى يمينه، وبه قال الشافعى، وقال ابو حنيفة لا يبر لانه ليس بحلى وحده ،

ولنا قول الله تعالى (وتستخرجون منه حلية تلبسونها) وقال تعالى (يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤا) وجاء فى الحديث عن عبد الله بن عمرو أنه قال قال الله تعالى للبحر الشرقى إنى جاعل فيك الحلية والصيد والطيب ، ولان الفضة

حلي إذا كانت سوارا أو خلخالا فكانت حليا إذا كانت خاتما كالذهب والجوهر واللؤلؤ حلي مع غيره فكان حليا وحده كالذهب ، وإن ألبسها عقيقا أو سبجا لم يبر وقال الشافعي إن كان من أهل السواد بر وفي غيرهم وجهان لان هذا حلي في عرفهم

ولنا : أن هذا ليس بحلي فلا يبر به كالودع وخرز الزجاج وما ذكروه يبطل بالودع ، وان حلف لا يلبس حليا فلبس دراهم أو دنانير في مرسلة ففيه وجهان.

أحدهما : لا يحنث لانه ليس بحلي إذا لم يلبسه فكذلك اذا لبسه .

والثاني : يحنث لانه ذهب وفضة لبسه فكان حليا كالسوار والخاتم وان لبس سيفا محلي لم يحنث لان السيف ليس بحلي وان لبس منطقه محلاة ففيه وجهان

أحدهما : لا يحنث لان الحلية لها دونه فأشبه السيف المحلي .

والثاني : يحنث لأنها من حلي الرجال ولا يقصد بلبسها محلاة في الغالب إلا التجمل بها وان حلف لا يلبس خاتما فلبسه في غير الخنصر من أصابعه حنث ، وقال الشافعي لا يحنث لان اليمين تقتضي لبسا معينا معتادا وليس هذا معتادا فأشبه ما لو أدخل القلنسوة في رجله .

ولنا : أنه لابس لما حلف على ترك لبسه فأشبه ما لو ائتزر بالسراويل ، وأما ادخال القلنسوة في رجله فهو عبث وسفه بخلاف هذا فإنه لا فرق بين الخنصر وغيرها إلا من حيث الاصطلاح على تخصيصه بالخنصر

« مسألة » قال (ولو حلف أن لا يأكل طعاما اشتراه زيد فأكل طعاما اشتراه زيد وبكر حنث الا أن يكون أراد أن لا ينفرد أحدهما بالشراء)

وبهذا قال أبو حنيفة ومالك ، وقال الشافعي لا يحنث ، وذكره أبو الخطاب احتمالا لأن كل جزء لم ينفرد أحدهما بشرائه فلم يحنث به ، كما لو حلف لا يلبس ثوبا اشتراه زيد فلبس ثوبا اشتراه زيد هو وغيره

ولنا أن زيداً مشتر لنصفه وهو طعام وقد أكله فيجب أن يحنث ، كما لو اشتراه زيد ثم خلطه بما اشتراه عمرو فأكل الجميع ، وأما الثوب فلا نسلم وان سلمناه فالفرق بينهما أن نصف الثوب ليس بثوب ونصف الطعام طعام وقد أكله بعد أن اشتراه زيد ، وان اشترى زيد نصفه مشاعا أو اشترى نصفه ثم اشترى

الآخر باقيه فأكل منه حنث والخلاف فيه على ما تقدم . ولو اشترى زيد نصفه معينا ثم خلطه بالنصف الآخر فأكل الجميع أو أكثر من النصف حنث بغير خلاف لأنه أكل مما اشتراه زيد يقينا ، وان أكل نصفه أو أقل من نصفه ففيه وجهان . احدهما : يحنث لأنه يستحيل فى العادة انفراد ما اشتراه زيد من غيره فيكون الحنث ظاهراً ظهوراً كثيراً .

والثانى : لا يحنث لأن الأصل عدم الحنث ولم يتيقن أكله مما اشتراه زيد وكل موضع لا يحنث فحكمه حكم من حلف لا يأكل تمرة فوقعت فى تمر فأكل منه واحدة على ما سنذكره إن شاء الله تعالى ، وان أكل من طعام اشتراه زيد ثم باعه أو اشتراه لغيره حنث ويحتمل أن لا يحنث .

(فصل) وان حلف لا يلبس من غزل فلانة فلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها حنث ، وبه قال الشافعى ، وان حلف لا يلبس ثوبا من غزلها وغزل غيرها ففيه روايتان .

إحداهما : يحنث كالتى قبلها .

والثانية : لا يحنث ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى لأنه لم يلبس ثوبا كاملا من غزلها ، وكذلك ان حلف لا يلبس ثوبا نسجه زيد ولا يأكل من قدر طبخها ولا يدخل داراً اشتراها ولا يلبس ثوبا خاطه زيد فلبس ثوبا نسجه هو وغيره أو خاطاه أو أكل من قدر طبخاها أو دخل داراً اشترياها ففى هذا كله من الخلاف والقول مثلها فى المسألة الأولى ، وان حلف أن لا يلبس ما خاطه زيد حنث بلبس ثوب خاطاه جميعاً لأنه ليس مما خاطه زيد بخلاف ما اذا قال ثوبا خاطه زيد ، وان حلف أن لا يدخل دارا لزيد فدخل داراً له ولغيره خرج فيه وجهان والخلاف فيها على ما مضى .

« مسألة » قال (ولو حلف لا يزورهما أو لا يكلمهما فزار أو كلم أحدهما حنث الا أن يكون أراد ألا يجتمع فعله بهما)

يمكن أن تكون هذه المسألة مبنية على من حلف أن لا يفعل شيئا ففعل بعضه فإن هذا حالف على كلام شخصين وزيارتهما فتكليمه أحدهما وزيارته فعل

لبعض ما حلف عليه ، وقد مضى الكلام فى هذا ، ويمكن أن يقال تقدير يمينه لا كلمت هذا ولا كلمت هذا لأن المعطوف يقدر له بعد حرف العطف فعل وعامل مثل العامل الذى قبل المعطوف عليه فيصير كقوله سبحانه (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم) أى وحرمت عليكم بناتكم فيصير كل واحد منهما محلوفاً عليه منفرداً فيحنث به ، فإن قصد ألا يجتمع فعله بهما لم يحنث الا بذلك لأنه قصد بيمينه ما يحتمله فانصرف اليه ، وان قصد ترك كلام كل واحد منهما منفردا حنث بفعله لأنه عقد يمينه على ترك ذلك .

وان قال : والله لا كلمت زيدا ولا عمرا حنث بكلام كل واحد منهما بغير إشكال فإن هذا يقتضى ترك كلام كل واحد منهما منفردا ، قال الله تعالى (ولا يملكون لأنفسهم ضرا ولا نفعا ولا يملكون موتا ولا حياة ولا نشورا) أى لا يملكون شيئا من ذلك .

(فصل)

فإن قال : أنت طالق إن كلمت زيدا وعمرا أو عبدى حران ان كلمت زيدا وعمرا لم يقع الطلاق ولا العتق الا بتكليمهما لأنه جعل تكليمهما معا شرطا لوقوع ذلك ولا يثبت المشروط إلا بوجود الشرط جميعه ، وكذلك لو قال لامرأتيه إن حضتما فأنتما طالقتان لم يقع الطلاق على واحدة منهما إلا بحيضهما جميعاً وتفارق اليمين بالله تعالى فإن مقتضاها المنع من فعل المحلوف عليه فتحصل المخالفة بفعل البعض وقد جمع بعض أصحابنا بينهما فى الحنث بفعل البعض لكون المقصود من الحلف كله على ترك شىء المنع من فعله فيستويان ، أما إذا قال : إذا حضتما فأنتما طالقتان فليس ذلك بيمين لأنه لا يقصد بهذا منع من شىء ولا حث عليه إنما هو شرط مجرد وليس فيه معنى اليمين .

(فصل) ومن حلف على فعل شىء فقال . والله لا آكل خبزا ولحما ولا زبدا وتمرا ولا أدخل هاتين الدارين ولا أعصى الله فى هذين البلدين ولا أمسك هاتين المرأتين ففعل بعض ما حلف عليه مثل أن أكل أحدهما أو دخل إحدى الدارين

أو عصى الله فى أحد البلدين أو أمسك احدى المرأتين فهل يحنث ؟ يخرج على روايتين ، وان قصد بيمينه أن لا يجمع بينهما أو المنع من كل واحد منهما فيمينه على ما نواه ، وان قال : والله لا آكل سمكا وأشرب لبنا بالفتح وهو من أهل العربية لم يحنث إلا بالجمع بينهما لان الواو ههنا بمعنى مع ولذلك اقتضت الفتح وان عطف أحدهما على الآخر بتكرار ـ لا ـ اقتضى المنع من كل واحد منهما منفردا وحنث بفعله .

« مسألة » قال (ولو حلف أن لا يلبس ثوبا فاشترى به أو بثمنه ثوبا فلبسه حنث إذا كان ممن امتن عليه بذلك الثوب وكذلك إن انتفع بثمنه)

هذه المسألة فرع أصل تقدم ذكره فى أول الباب وهو أن الأسباب معتبرة فى الأيمان فيتعدى الحكم بتعديها فإذا امتن عليه بثوب فحلف أن لا يلبسه لتنقطع المنة به حنث بالانتفاع به فى غير اللبس من أخذ ثمنه لأنه نوع انتفاع به يلحق المنة به وان لم يقصد قطع المنة ولا كان سبب يمينه يقتضى ذلك لم يحنث إلا بما تناولته يمينه وهو لبسه خاصة فلو أبدله بثوب غيره ثم لبسه أو انتفع به فى غير اللبس أو باعه وأخذ ثمنه لم يحنث لعدم تناول اليمين له لفظا ونية وسببا .

﴿ فصــل ﴾

وان فعل شيئا عليه فيه لها منة سوى الانتفاع بالثوب وبعوضه مثل أن سكن دارها أو أكل طعامها أو لبس ثوبا لها غير المحلوف عليه لم يحنث لأن المحلوف عليه الثوب فتعلقت يمينه به أو بما حصل به ولم يتعد الى غـيره لاختصاص اليمين والسبب به .

(فصــل) وان امتنت عليه امرأته بثوب فحلف أن لا يلبسه قطعا لمنتها فاشتراه غيره ثم كساه إياه أو اشتراه الحالف ولبسه على وجه لا منة لها فيه فهل يحنث ؟ على وجهين .

أحدهما . يحنث لمخالفته ليمينه ولان لفظ الشارع اذا كان أعم من السبب وجب الاخذ بعموم اللفظ دون خصوص السبب كذا فى اليمين ولانه لو خاصمته إمرأة له فقال نسائي طوالق طلقن كلهن ، وان كان سبب الطلاق واحدة كذا ههنا .

والثاني : لا يحنث لأن السبب اقتضى تقييد لفظه بما وجد فيه السبب فصار كالمنوي أو كما لو خصصه بقرينة لفظية .

« مسألة » قال (ولو حلف أن لا يأوي مع زوجته في دار فأوى معها في غيرها حنث اذا كان أراد بيمينه جفاء زوجته ولم يكن للدار سبب هيج يمينه)

وهذه أيضا من فروع اعتبار النية وذلك أنه متى قصد جفاءها بترك الأوى معها ولم يكن للدار أثر في يمينه كان ذكر الدار كعدمه وكأنه حلف ألا يأوى معها فإذا أوى معها في غيرها فقد أوى معها لحنث لمخالفته ما حلف على تركه وصار هذا بمنزلة سؤال الأعرابي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقعت أهلي في نهار رمضان فقال « اعتق رقبة » لما كان ذكر أهله لا أثر له في إيجاب الكفارة حذفناه من السبب وصار السبب الوقاع سواء كان الأهل أو لغيرهم .

وان كان للدار أثر في يمينه مثل ان كان يكره سكناها أو خوصم من أجلها أو امتن عليه بها لم يحنث إذا أوى معها في غيرها لأنه قصد بيمينه الجفاء في الدار بعينها فلم يخالف ماحلف عليه ، وان عدم السبب والنية لم يحنث إلا بفعل ماتناوله لفظه وهو الاوى معها في تلك الدار بعينها لانه يجب اتباع لفظه اذا لم تكن نية ولا سبب يصرف اللفظ عن مقتضاه أو يقتضي زيادة عليه ومعنى الاوى الدخول فمتى حلف لا يأوى معها فدخل معها الدار حنث قليلا كان لبثهما أو كثيراً ، قال الله تعالى مخبراً عن فتى موسى (اذ أوينا الى الصخرة) .

قال أحمد : ما كان ذلك الا ساعة أو ماشاء الله يقال : أويت أنا وأويت غيري قال الله تعالى (اذ أوى الفتية الى الكهف) وقال الله تعالى (وآويناهما الى ربوة) .

(فصل) وان برها بهدية أو غيرها أو اجتمع معها فيما ليس بدار ولا بيت لم يحنث سواء كان الدار سبب في يمينه أو لم يكن لانه قد قصد جفاءها بهذا النوع فلم يحنث بغيره ، وان حلف لا يأوى معها في دار لسبب فزال السبب الموجب ليمينه مثل ان كان السبب امتنانها بها عليه فملك الدار أو صارت لغيرها فأوى معها فيها فهل يحنث ؟ على وجهين تقدم ذكرهما وتعليلهما .

(فصل) فإن حلف أن لا يدخل عليها فيها ليس ببيت فحكمه حكم المسألة التي قبلها ، إذا قصد جفاءها ولم يكن البيت سبب هيج يمينه حنث. والا فلا فإن دخل على جماعة هي فيهم يقصد الدخول عليها معهم حنث ، وكذلك ان لم يقصد شيئاً وان استثناها بقلبه ففيه وجهان .

أحدهما : لا يحنث كما لو حلف ألا يسلم عليها فسلم على جماعة هي فيهم يقصد بقلبه السلام على غيرها فانه لا يحنث .

والثاني : يحنث لأن الدخول فعل لا يتميز فلا يصح تخصيصه بالقصد وقد وجد في حق الكل على السواء وهي فيهم فحنث به كما لو لم يقصد استثناءها وفارق السلام فإنه قول يصح تخصيصه بالقصد ولهذا يصح أن يقال : السلام عليكم إلا فلانا ولا يصح أن يقال : دخلت عليكم الا فلانا ولان السلام قول يتناول مايتناوله الضمير في عليكم والضمير عام يصح أن يراد به الخاص فصح أن يراد به من سواها والفعل لا يتأتى هذا فيه ، وان دخل بيتا لا يعلم أنها فيه فوجدها فيه فهو كالدخول عليها ناسيا .

فإن قلنا : لا يحنث بذلك فخرج حين علم بها لم يحنث ، وكذلك ان حلف لا يدخل عليها فدخلت هي عليه فخرج في الحال لم يحنث ، وان أقام فهل يحنث ؟ على وجهين بناء على من حلف لايدخل داراً هو فيها فاستدام المقام بها فهل يحنث على وجهين .

« مسألة » قال (ولو حلف أن يضرب عبده في غد فمات الحالف من يومه فلا حنث عليه وان مات العبد حنث)

أما اذا مات الحالف من يومه فلا حنث عليه لأن الحنث إنما يحصل بفوات المحلوف عليه في وقته وهو الغد والحالف قد خرج عن أن يكون من أهل التكليف قبل الغد فلا يمكن حنثه ، وكذلك ان جن الحالف في يومه فلم يفق الا بعد خروج الغد لأنه خرج عن كونه من أهل التكليف ، وان هرب العبد أو مرض العبد أو الحالف أو نحو ذلك فلم يقدر على ضربه في الغد حنث وان لم يمت الحالف ففيه مسائل

أحدها : أن يضرب العبد فى غد أى وقت كان منه فإنه يبر فى يمينه بلا خلاف

الثانية : أمكنه ضربه فى غد فلم يضربه حتى مضى الغد وهما فى الحياة حنث أيضا بلا خلاف .

الثالثة : مات العبد من يومه فانه يحنث ، وهذا أحد قولى الشافعى ويتخرج ألا يحنث ، وهو قول أبى حنيفة ومالك : والقول الثانى للشافعى لأنه فقد ضربه بغير اختياره فلم يحنث كالمكره والناسى .

ولنا أنه لم يفعل ما حلف عليه فى وقته من غير إكراه ولا نسيان وهو من أهل الحنث فحنث كما لو أتلفه باختياره وكما لو حلف ليحجن العام فلم يقدر على الحج لمرض أو عدم النفقة وفارق الإكراه والنسيان فإن الامتناع لمعنى فى الحالف وههنا الامتناع لمعنى فى المحل فأشبه ما لو ترك ضربه لصعوبته أو ترك الحالف الحج لصعوبة الطريق وبعدها عليه ، فأما ان كان تلف المحلوف عليه بفعله واختياره حنث وجها واحداً لأنه فوت الفعل على نفسه .

قال القاضى : ويحنث الحالف ساعة موته لأن يمينه انعقدت من حين حلفه وقد تعذر عليه الفعل فى الحال كما لو لم يؤقت ويتخرج ألا يحنث قبل الغد لأن الحنث مخالفة ما عقد يمينه عليه فلا تحصل المخالفة الا بترك الفعل فى وقته .

الرابعة : مات العبد فى غد قبل التمكن من ضربه فهو كما لو مات فى يومه .

الخامسة : مات العبد فى غد بعد التمكن من ضربه قبل ضربه فإنه يحنث وجها واحدا ، وقال بعض أصحاب الشافعى يحنث قولا واحدا ، وقال بعضهم فيه قولان

ولنا أنه يمكنه ضربه فى وقته فلم يضربه فحنث كما لو مضى الغد قبل ضربه .

السادسه : مات الحالف فى غد بعد التمكن من ضربه فلم يضربه حنث وجها واحدا لما ذكرنا .

السابعة : ضربه فى يومه فإنه لا يبر وهذا قول أصحاب الشافعى . وقال القاضى وأصحاب أبى حنيفة يبر لأن يمينه للحث على ضربه فاذا ضربه اليوم فقد فعل المحلوف عليه وزيادة فأشبه ما لو حلف ليقضينه حقه فى غد فقضاه اليوم .

ولنا أنه لم يفعل المحلوف عليه فى وقته فلم يبر كما لو حلف ليصومن يوم الجمعة فصام يوم الخميس وفارق قضاء الدين فان المقصود تعجيله لا غير . وفى قضاء

اليوم زيادة فى التعجيل فلا يحنث فيها لأنه علم من قصده إرادة أن لا يتجاوز غداً بالقضاء فصار كالملفوظ به إذ كان مبنى الأيمان على النية ولا يصح قياس ما ليس بمثله عليه وسائر المحلوفات لا تعلم منها إرادة التعجيل عن الوقت الذى وقته لها فامتنع الالحاق وتعين التمسك باللفظ .

الثامنة : ضربه بعد موته لم يبر لأن اليمين تنصرف الى ضربه حيا يتألم بالضرب وقد زال هذا بالموت .

التاسعة : ضربه ضربا لا يؤلمه لم يبر لما ذكرناه .

العاشرة : خنقه أو نتف شعره أو عصر ساقه بحيث يؤلمه فانه يبر لأنه يسمى ضربا لما تقدم ذكرنا له . الحادية عشر : جن العبد فضربه فانه يبر لأنه حى يتألم بالضرب وان لم يضربه حنث ، وان حلف لا يضربه فى غد ففيه نحو من هذه المسائل ومتى فات ضربه بموته أو غيره لم يحنث لأنه لم يضربه .

(فصل) وان قال والله لاشربن ماء هذا الكوز غداً فاندفق اليوم أو لا كان هذا الخبز غداً فتلف فهو على نحو مما ذكرنا فى العبد . قال صالح سألت أبى عن الرجل يحلف أن يشرب هذا الماء فانصب قال يحنث ، وكذلك ان حلف أن يأكل هذا الرغيف فأكله كلب قال يحنث لان هذا لا يقدر عليه .

« مسألة » قال (ومن حلف الا يكلمه حيناً فكلمه قبل الستة أشهر حنث)

وجملة ذلك : أنه إذا حلف لا يكلمه حينا فان قيد ذلك بلفظه أو بنيته بزمن تقيد به ، وان أطلقه انصرف الى ستة أشهر روى ذلك عن ابن عباس ، وهو قول أصحاب الرأى ، وقال مجاهد والحكم وحماد ومالك هو سنة لقول الله تعالى (تؤتى أكلها كل حين باذن ربها) أى كل عام .

وقال الشافعى وأبو ثور : لا قدر له ويبر بأدنى زمن لان الحين اسم مبهم يقع على القليل والكثير قال الله تعالى (ولتعلمن نبأه بعد حين) قيل أراد يوم القيامة وقال (هل أتى على الإنسان حين من الدهر ؟) وقال (فذرهم فى غمرتهم حتى حين) وقال (حين تمسون وحين تصبحون) ويقال : جئت منذ حين وان كان أتاه من ساعة .

ولنا : أن الحين المطلق فى كلام الله أقله ستة أشهر قال عكرمة وسعيد بن جبير وأبو عبيد فى قوله تعالى (تؤتى أكلها كل حين) إنه ستة أشهر فيحمل مطلق كلام الآدمى على مطلق كلام الله تعالى ولأنه قول ابن عباس ولا نعلم أنه مخالفا فى الصحابة وما استشهدوا به من المطلق فى كلام الله تعالى فما ذكرناه أقله فيحمل عليه لانه اليقين .

(فصل) فان حلف لا يكلمه حقبا فذلك ثمانون عاما وقال مالك أربعون عاما لأن ذلك يروى عن ابن عباس ، وقال القاضى : وأصحاب الشافعى هو أدنى زمان لأنه لم ينقل فيه عن أهل اللغة تقدير .

ولنا : ما روى عن ابن عباس أنه قال فى تفسير قوله تعالى (لابثين فيها أحقابا) الحقب ثمانون سنة وما ذكره القاضى وأصحاب الشافعى لا يصح لان قول ابن عباس حجة ولان ما ذكروه يفضى الى حمل كلام الله تعالى (لابثين فيها أحقابا) وقول موسى (أو أمضى حقبا) الى اللكنة لانه أخرج ذلك مخرج التكثير فاذا صار معنى ذلك (لابثين فيها) ساعات ولحظات أو أمضى لحظات أو ساعات صار مقتضى ذلك التقليل وهو ضد ما أراد الله تعالى بكلامه وضد المفهوم منه ولم يذكره أحد من المفسرين فيما نعلم فلا يجوز تفسير الحقب به .

(فصل)

فإذا حلف لا يكلمه زمنا أو وقتا أو دهراً أو عمراً أو مليا أو طويلا أو بعيداً أو قريبا بر بالقليل والكثير فى قول أبى الخطاب ومذهب الشافعى لان هذه الاسماء لا حد لها فى اللغة وتقع على القليل والكثير فوجب حمله على أقل مايتناوله اسمه وقد يكون القرب بعيدا بالنسبة الى ما هو أقرب منه وقريبا بالنسبة الى ما هو أبعد منه ولا يجوز التحديد بالتحكم وإنما يصار إليه بالتوقيف ولا توقيف ههنا فيجب حمله على اليقين وهو أقل ما يتناوله الاسم .

وقال ابن أبى موسى : الزمان ثلاثة أشهر . وقال طلحة العاقولى : الحين والزمان والعمر واحد لانهم لايفرقون فى العادة بينها والناس يقصدون بذلك التبعيد فلو حمل على القليل حمل على خلاف قصد الحالف ، والدهر يحتمل أنه كالحين ايضا لهذا المعنى وقال فى بعيد ومليء وطويل هو أكثر من شهر ، وهذا قول أبى حنيفة

لأن ذلك ضد القليل ولا يجوز حمله على ضده . ولو حمل العمر على أربعين عاما كان حسنا لقول الله تعالى مخبراً عن نبيه عليه السلام (فقد لبثت فيكم عمراً من قبله) وكان أربعين سنة فيجب حمل الكلام عليه ولان العمر فى الغالب لا يكون إلا مدة طويلة فلا يحمل على خلاف ذلك .

(فصل) فإن حلف لا يكلمه الدهر أو الأبد أو الزمان فذلك على الأبد لأن ذلك بالألف واللام وهى للاستغراق فتقتضى الدهر كله .

(فصـــل) فإن حلف على أيام فهى ثلاثة لأنها أقل الجمع ، قال الله تعالى (واذكروا الله فى أيام معدودات) وهى أيام التشريق ، وان حلف على أشهر فهى ثلاثة لانها أقل الجمع ، وان حلف على شهور فاختار أبو الخطاب أنها ثلاثة لذلك وقال غيره يتناول يمينه اثنى عشر شهراً لقول الله تعالى (إن عدة الشهور عند الله إثنا عشر شهراً) ولأن الشهور جمع الكثرة وأقله عشرة فلا يحمل على ما يحمل عليه جمع القلة .

« مسألة » قال (واذا حلف أن يقضيه حقه فى وقت فقضاه قبله لم يحنث إذا كان أراد بيمينه ألا يجاوز ذلك الوقت)

وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد وأبو ثور . وقال الشافعى يحنث إذا قضاه قبله لانه ترك فعل ما حلف عليه مختارا فحنث كما لو قضاه بعده .

ولنا أن مقتضى هذه اليمين تعجيل القضاء قبل خروج الغد فإذا قضاه قبله فقد قضى قبل خروج الغد وزاد خيرا ، ولان مبنى الايمان على النية ، ونية هذا بيمينه ترك تعجيل القضاء قبل خروج الغد فتعلقت يمينه بهذا المعنى كما لو صرح به ، فإن لم تكن له نية رجع الى سبب اليمين ، فإن كانت تقتضى التعجيل فهو كما لو نواه ، لان السبب يدل على النية ، وان لم ينو ذلك ولا كان السبب يقتضية فظاهر كلام الخرقى انه لا يبر الا بقضائه فى الغد فلا يبر بقضائه قبله .

وقال القاضى : يبر على كل حال لان اليمين للحث على الفعل فمتى عجله فقد أتى بالمقصود فيه كما لو نوى ذلك ، والاول أصح ان شاء الله لانه ترك فعل ما تناولته يمينه لفظا ولم تصرفها عنه نية ولا سبب فحنث ، كما لو حلف ليصوم من شعبان فصام

رجبا : ويحتمل ما قاله القاضي فى القضاء خاصة لأن عرف هذه اليمين فى القضاء التعجيل فتصرف اليمين المطلقة اليه .

(فصـــل) فأما غير قضاء الحق كأ كل شيء أو شربه ، أو بيع شيء أو شرائه أو ضرب عبد ونحوه فتى عين وقته ولم ينو ما يقتضي تعجيله ولا كان سبب يمينه يقتضيه لم يبر إلا بفعله فى وقته . وذكر القاضي أنه يبر بتعجيله عن وقته . وحكى ذلك عن أصحاب أبي حنيفة .

ولنا أنه لم يفعل المحلوف عليه فى وقته من غير نية تصرف يمينه ولا سبب فيحنث كالصيام ولو فعل بعض المحلوف عليه قبل وقته وبعضه فى وقته لم يبر لأن اليمين فى الاثبات لا يبر فى فيها إلا بفعل جميع المحلوف عليه فترك بعضه فى وقته كترك جميعه الا أن ينوى أن لا يجاوز ذلك الوقت أو يقتضي ذلك سببها

(فصل) ومن حلف لا يبيع ثوبه بعشرة فباعه بها أو بأقل منها حنث ، وان باعه بأكثر منها لم يحنث . وقال الشافعي : لا يحنث اذا باعه بأقل لانه لم يتناوله يمينه .

ولنا أن العرف فى هذا أن لا يبيعه بها ولا بأقل منها ، بدليل أنه لو وكل فى بيعه انسانا وأمره أن لا يبيعه بعشرة لم يكن له بيعه بأقل منها ، ولان هـذا تنبيه على امتناعه من بيعه بما دون العشرة ، والحكم يثبت بالنية كثبوته باللفظ ، فإن حلف لا اشتريته بعشرة فاشتراه بأقل لم يحنث ، وان اشتراه بها أو بأكثر منها حنث لما ذكرنا ، ومقتضى مذهب الشـــافعي أن لا يحنث اذا اشتراه بأكثر منها لان يمينه لم تتناوله لفظا .

ولنا أنها تناولته عرفا وتنبيها فكان حانثا كما لو حلف : ما له عليّ حبة فانه يحنث اذا كان له عليه أكثر منها ويبرأ بيمينه مما زاد عليها كبراءته منها ، قيل لاحمد رجل ان حلف لا ينقص هذا الثوب عن كذا قال أخذته ولـكن هب لى كذا ؟ قال هذا حيله ، قيل له فان قال البائع بعتك بكذا وأهب لفلان شيئا آخر ؟ قال هذا كله ليس بشيء فكرهه .

(فصـل) فان حلف ليقضينه حقه فى غد فمات الحالف من يومه لم يحنث لما ذكرنا فيما اذا حلف ليضربن عبده فى غد فمات من يومه ، وان مات المستحق

لحكي عن القاضي أنه يحنث لأنه قد تعذر قضاؤه فأشبه ما لو حلف ليضربن عبده غداً فمات العبد قبل اليوم .

وقال أبو الخطاب : إن قضى ورثته لم يحنث لأن قضاء ورثته يقوم مقام قضائه في إبراء ذمته ، فكذلك في البر في يمينه ، بخلاف ما اذا مات العبد فانه لا يقوم ضرب غيره مقام ضربه .

وقال أصحاب الرأي وأبو ثور : تنحل اليمين بموت المستحق ولا يحنث سواء قضى ورثتهم أو لم يقضهم لانه تعذر عليه فعل ما حلف عليه بغير اختياره أشبه المكره ، وقد سبق الكلام على هذا في مسألة من حلف ليضربن عبده غدا فمات العبد اليوم ، وان أبرأه المستحق من الحق فهل يحنث؟ على وجهين بناء على المكره هل يحنث ؟ على روايتين ، وان قضاه عوضا عن حقه لم يحنث عند ابن حامد لانه قد قضى حقه وقال القاضي يحنث لانه لم يقضه الحق الذي عليه بعينه

(فصل)

فإن حلف ليقضيه عند رأس الهلال أو مع رأسه أو الى رأس الهلال أو الى استهلاله أو عند رأس الشهر أو مع رأسه فقضاه عند غروب الشمس من ليلة الشهر بر في يمينه وان أخر ذلك مع إمكانه حنث ، وان شرع في عده أو كيله أو وزنه فتأخر القضاء لكثرته لم يحنث لانه لم يترك القضاء ، وكذلك اذا حلف ليأكلن هذا الطعام في هذا الوقت فشرع في أكله فيه فتأخر الفراغ لكثرته لم يحنث لان أكله كله غير ممكن في هذا الوقت اليسير فكانت يمينه على الشروع فيه في ذلك الوقت أو على مقارنة فعله لذلك الوقت للعلم بالعجز عن غير ذلك ، ومذهب الشافعي في هذا كله كما ذكرنا .

« مسأله » قال (ولو حلف أن لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه حنث الا أن يكون أراد أن لا يشربه كله)

وجملة ذلك انه اذا حلف ليفعلن شيئا لم يبر الا بفعل جميعه ، وان حلف أن لا يفعله وأطلق ففعل بعضه ففيه روايتان تقدم ذكرهما . وان نوى فعل

جميعه أو كان فى يمينه مايدل عليه لم يحنث الا بفعل جميعه ، وان نوى فعل البعض أو كان فى يمينه مايدل عليه حنث بفعل البعض رواية واحدة فإن حلف لا يشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه فهل يحنث بذلك ؟ فيه روايتان .

وان حلف لا يشرب ماء دجلة أو ماء هذا النهر حنث بشرب أدنى شيء منه لأن شرب جميعه ممتنع بغير يمينه فلا حاجة الى توكيد المنع بيمينه فتصرف يمينه الى منع نفسه مما يمكن فعله وهو شرب البعض كما لو حلف لا شربت الماء. وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال أصحاب الشافعى . ان حلف على الجنس كالناس والماء والخبز والتمر ونحوه حنث بفعل البعض وإن تناولت يمينه الجميع كالمسلمين والمشركين والمساكين لم يحنث بفعل البعض ، وان تناولت اسم جنس يضاف كماء النهر وماء دجلة . ففيه وجهان . ولنا أنه حلف على مالا يمكنه فعل جميعه فتناولت يمينه بعضه منفرداً كاسم الجنس .

وان حلف لا شربت من الفرات فشرب من مائه حنث سواء كرع فيه أو اغترف منه ثم شرب وبهذا قال الشافعى وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا يحنث حتى يكرع فيه لأن حقيقة ذلك الكرع فلم يحنث بغيره كما لو حلف لا شربت من هذا الاناء فصب منه فى غيره وشرب .

ولنا أن معنى يمينه أن لا يشرب من ماء الفرات لأن الشرب يكون من مائها ومنها فى العرف فحملت اليمين عليه كما لو حلف لا شربت من هذه البئر ولا أكلت من هذه الشجرة ولا شربت من هذه الشاة ويفارق الكوز فإن الشرب فى العرف منه لأنه آلة للشرب بخلاف النهر وما ذكروه يبطل بالبئر والشاة والشجرة وقد سلموا أنه لو استقى من البئر أو احتلب لبن الشاة أو التقط من الشجرة وشرب وأكل حنث فكذا فى مسألتنا .

(فصل) وان حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه حنث لأنه من ماء الفرات ولو حلف لا يشرب من ماء الفرات فشرب من نهر يأخذ منه ففيه وجهان .

أحدهما : يحنث لأن معنى الشرب منه الشرب من مائه فحنث كما لو حلف لا شربت من مائه وهذا أحد الاحتمالين لأصحاب الشافعي .

والثاني : لا يحنث وهو قول أبي حنيفة وأصحابه إلا أبا يوسف فإن عنه رواية أنه يحنث وإنما قلنا : إنه لا يحنث لأن ما أخذه النهر يضاف الى ذلك النهر لا إلى الفرات ويزول باضافته اليه عن إضافته الى الفرات فلا يحنث به كغير الفرات .

« مسألة » قال (ولو قال والله لافارقتك حتى أستوفي حقي منك فهرب منه لم يحنث ولو قال لا افترقنا فهرب منه حنث)

أما إذا حلف لافارقتك ففيه مسائل عشرة .

أحدها . أن يفارقه الحالف مختاراً فيحنث بلا خلاف سواء أبرأه من الحق أو فارقه والحق عليه لأنه فارقه قبل استيفاء حقه منه .

الثانية . فارقه مكرها فينظر فان حمل مكرهـا حتى فرق بينهما لم يحنث وان أكره بالضرب والتهديد لم يحنث : وفي قول أبي بكر يحنث وفي الناسي تفصيل ذكرناه فيما مضى .

الثالثة : هرب منه الغريم بغير اختياره فلا يحنث وبهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي ، وروي عن أحمد : أنه يحنث لان معنى يمينه ألا تحصل بينهما فرقة وقد حصلت .

ولنا أنه حلف على فعل نفسه في الفرقة وما فعل ولا فعل باختياره فلم يحنث كما لو حلف لا قمت فقام غيره .

الرابعة : أذن له الحالف في الفرقة ففارقه فمفهوم كلام الخرقي أنه يحنث . وقال الشافعي : لا يحنث ، وقال القاضي : وهو قول الخرقي لأنه لم يفعل الفرقة التي حلف أنه لا يفعلها . ولنا أن معنى يمينه لألزمنك فاذا فارقه باذنه فما لزمه ويفارق ما اذا هرب منه لانه فر بغير اختياره وليس هذا قول الخرقي ولان الخرقي قال فهرب منه فمفهومه أنه إذا فارقه بغير هرب أنه يحنث .

الخامسة . فارقه من غير إذن ولا هرب على وجه يمكنه ملازمته والمشي معه وإمسا كه فلم يفعل فالحكم فيها كالتي قبلها .

السادسة : قضاه قدر حقه ففارقه ظنا منه انه وفاه فخرج رديئا أو بعضه فيخرج في الحنث روايتان . بناء على الناسي وللشافعي قولان كالروايتين . أحدهما : يحنث وهو قول مالك لانه فارقه قبل استيفاء حقه مختاراً ، والثاني : لا يحنث وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي إذا وجدها زيوفا ، وان وجد أكثرها نحاسا فإنه يحنث وان وجدها مستحقة فأخذها صاحبها خرج أيضا على الروايتين في الناسي لأنه ظان أنه مستوف حقه فأشبه مالو وجدها رديئة .

وقال أبو ثور وأصحاب الرأي : لا يحنث ، وان علم بالحال ففارقه حنث لأنه لم يوفه حقه .

السابعة : فلسه الحاكم ففارقه نظرت فان ألزمه الحاكم فهو كالمكره ، وإن لم يلزمه مفارقته لكنه فارقه لعلمه بوجوب مفارقته حنث لانه فارقه من غير إكراه فحنث كما لو حلف — لا يصلي فوجبت عليه صلاة فصلاها .

الثامنة : أحاله الغريم بحقه ففارقه فانه يحنث ، وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وقال أبو حنيفة ومحمد لا يحنث لانه قد برىء اليه منه .

ولنا أنه ما استوفى حقه منه بدليل أنه لم يصل اليه شيء ولذلك يملك المطالبة به فحنث كما لو لم يحله فان ظن أنه قد بر بذلك ففارقه فقال أبو الخطاب يخرج على الروايتين ، والصحيح أنه يحنث لأن هذا جهل بحكم الشرع فيه فلا يسقط عنه الحنث كما لو جهل كون هذه اليمين موجبة للكفارة ، فأما ان كانت يمينه لا فارقتك ولي قبلك حق فأحاله به ففارقه لم يحنث لأنه لم يبق له قبله حق ، وان أخذ به ضمينا أو كفيلا أو رهنا ففارقه حنث بلا إشكال لأنه يملك مطالبة الغريم .

التاسعة : قضاه عن حقه عوضا عنه ثم فارقه ، فقال ابن حامد : لا يحنث ، وهو قول أبي حنيفة لانه قد قضاه حقه وبرىء اليه منه بالقضاء ، وقال القاضي : يحنث لان يمينه على نفس الحق وهذا بدله وإن كانت يمينه لا فارقتك حتى تبرأ من حقي أو لي قبلك حق لم يحنث وجها واحدا لأنه لم يبق له قبله حق ، وهذا مذهب الشافعي ، والاول أصح لانه قد استوفى حقه .

العاشرة : وكل وكيلا يستوفي له حقه فان فارقه قبل استيفاء الوكيل حنث

لانه فارقه قبل استيفاء حقه ، وان استوفى الوكيل ثم فارقه لم يحنث لان استيفاء وكيله استيفاء له يبرأ به غريمه ويصير فى ضمان الموكل .

(فصل) فأما ان قال لا فارقتني حتى أستوفى حقى منك نظرت فان فارقه المحلوف عليه مختارا حنث وان أكره على فراقه لم يحنث ، وان فارقه الحالف مختارا حنث الا على ماذكره القاضى فى تأويل كلام الخرقى وهو مذهب الشافعى وسائر الفروع تأتى ههنا على نحو ما ذكرناه .

(فصل) وان كانت يمينه لا افترقنا فهرب منه المحلوف عليه حنث لأن يمينه تقتضى ألا تحصل بينهما فرقة بوجه وقد حصلت الفرقة بهربه وان أكرها على الفرقة لم يحنث الا على قول من لم ير الاكراه عذرا .

(فصـــل)

فان حلف لا فارقتك حتى أوفيك حقك فأبرأه الغريم منه فهل يحنث ؟ على وجهين بناء على المكره وان كان الحق عينا فوهبها له الغريم فقبلها حنث لانه ترك إيفاءها له باختياره ، وان قبضها منه ثم وهبها إياه لم يحنث ، وان كانت يمينه لا فارقتك ولك قبلى حق لم يحنث اذا أبرأه أو وهب العين له .

(فصل) والفرقة فى هذا كله ماعده الناس فراقا فى العادة وقد ذكرنا الفرقة فى البيع ، وما نواه بيمينه مما يحتمله لفظه فهو على ما نواه والله أعلم .

« مسألة » قال (ولو حلف على زوجته أن لا تخرج الا باذنه فذلك على كل مرة الا أن يكون نوى مرة)

وجملته أن من قال لزوجته ان خرجت الا باذنى او بغير اذنى فأنت طالق ، او قال ان خرجت الا ان آذن لك او حتى آذن لك او الى أن آذن لك فالحكم فى هذه الالفاظ الخمسة أنها متى خرجت بغير اذنه طلقت وانحلت يمينه لان حرف أن لا يقتضى تكرارا فاذا حنث مرة انحلت كما لو قال أنت طالق ان شئت وان خرجت باذنه لم يحنث لان الشرط ما وجد وليس فى هذا اختلاف ولا تنحل اليمين فمتى خرجت بعد هذا بغير إذنه طلقت

وقال الشافعى تنحل فلا يحنث بخروجها بعد ذلك لان اليمين تعلقت بخروج

واحد بحرف لا يقتضي التكرار وإذا وجد بغير إذن حنث وان وجد باذن بر لأن البر يتعلق بما يتعلق به الحنث .

وقال أبو حنيفة في قوله ان خرجت إلا باذني أو بغير إذني كقولنا لأن الخروج باذنه في هذين الموضعين مستثنى من يمينه فلم يدخل فيها ولم يتعلق به بر ولا حنث وان قال ان خرجت إلا أن آذن لك أو حتى آذن لك أو الى أن آذن لك متى أذن لها انحلت يمينه ولم يحنث بعد ذلك بخروجها بغير إذنه لأنه جعل الاذن فيها غاية ليمينه وجعل الطلاق معلقا على الخروج قبل اذنه فتى أذن انتهت غاية يمينه وزال حكمها كما لو قال ان خرجت الى ان تطلع الشمس او الا ان تطلع الشمس أو حتى تطلع الشمس فأنت طالق فخرجت بعد طلوعها ولأن حرف الى وحتى للغاية لا للاستثناء .

ولنا : انه علق الطلاق على شرط، وقد وجد فيقع الطلاق كما لو لم تخرج باذنه وقولهم قد بر غير صحيح لوجهين .

أحدهما أن المأذون فيه مستثنى من يمينه غير داخل فيها فكيف يبر . ألا ترى انه لو قال لها ان كلمت رجلا الا أخاك او غير أخيك فأنت طالق فكلمت أخاها ثم كلمت رجلا آخر فإنها تطلق ولا تنحل يمينه بتكليمها اخاها ؟ .

والثاني ان المحلوف عليه خروج موصوف بصفة ولا تنحل اليمين بوجود ما لم توجد فيه الصفة ولا يحنث به فلا يتعلق بما عداه بر ولا حنث كما لو قال : ان خرجت عريانة فأنت طالق او ان خرجت راكبة فأنت طالق فخرجت مستترة ماشية لم يتعلق به بر ولا حنث . ولأنه لو قال لها : ان كلمت رجلا فاسقا او من غير محارمك فانت طالق لم يتعلق بتكليمها لغير من هو موصوف بتلك الصفة بر ولا حنث فكذلك في الافعال .

وقولهم تعلقت اليمين بخروج واحد قلنا الا انه خروج موصوف بصفة فلا تنحل اليمين بوجود غيره ولا يحنث به .

وأما قول اصحاب ابي حنيفة ان الالفاظ الثلاثة ليست من الفاظ الاستثناء قلنا قوله الا ان آذن لك من الفاظ الاستثناء واللفظتان الآخريان في معناه في إخراج المأذون من يمينه فكان حكمها كحكمه .

هذا الكلام فيما إذا أطلق ، فإن نوى تعليق الطلاق على خروج واحد تعلقت يمينه به وقبل قوله فى الحكم لأنه فسر لفظه بما يحتمله احتمالا غير بعيد ، وان أذن لها مرة واحدة ونوى الاذن فى كل مرة فهو على ما نوى .

وقد نقل عبد الله بن أحمد عن أبيه إذا حلف أن لا تخرج امرأته إلا بإذنه إذا أذن لها مرة فهو اذن لكل مرة وتكون يمينه على ما نوى ، وان قال كلما خرجت فهو بإذنى أجزأه مرة واحدة ، وان نوى بقوله الى أن آذن لك أو حتى آذن لك الغاية وأن الخروج المحلوف عليه ما قبل الغاية دون ما بعدها قبل قوله وانحلت يمينه بالاذن لنيته فإن مبنى الأيمان على النية .

(فصل)

وإن قال ان خرجت بغير اذنى فأنت طالق فأذن لها ثم نهاها فخرجت طلقت لأنها خرجت بغير اذنه ، وكذلك ان قال الا بإذنى . وقال بعض أصحاب الشافعى : لا يحنث لأنه قد أذن ، ولا يصح لأن نهيه قد أبطل اذنه فصارت خارجة بغير اذنه وكذلك لو أذن لوكيله فى بيع ثم نهاه عنه فباعه كان باطلا . وان قال : ان خرجت بغير اذنى لغير عيادة المريض فأنت طالق ، فخرجت لعيادة مريض ثم تشاغلت بغيره ، أو قال ان خرجت الى غير الحمام بغير اذنى فأنت طالق فخرجت الى الحمام ثم عدلت الى غيره ففيه وجهان .

أحدهما : لا يحنث لأنها ما خرجت لغير عيادة مريض ولا الى غير الحمام . وهذا مذهب الشافعى .

الثانى : يحنث لأن قصده فى الغالب ألا تذهب الى غير الحمام وعيادة المريض . وقد ذهبت الى غيرهما ، ولأن حكم الاستدامة حكم الابتداء ، ولهذا لو حلف ألا يدخل داراً هو داخلها فأقام فيها حنث فى أحد الوجهين ، وان قصدت بخروجها الحمام وغيره أو العيادة وغيرها حنث لانها خرجت لغيرهما . وان قال ان خرجت لا لعيادة مريض فأنت طالق فخرجت لعيادة مريض وغيره لم يحنث لان الخروج لعيادة المريض ، وان قصدت معه غيره : وان قال : ان خرجت بغير اذنى فأنت طالق ثم أذن لها ولم تعلم فخرجت ففيه وجهان

أحدهما تطلق ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ومحمد بن الحسن

والثانى : لا يحنث وهو قول الشافعى وأبى يوسف لأنها خرجت بعد وجود الإذن من جهته فلم يحنث كما لو علمت به ولأنه لو عزل وكيله انعزل ، وإن لم يعلم بالعزل فكذلك تصير مأذونا لها وان لم تعلم ، ووجه الأول أن الاذن اعلام ، وكذلك قيل فى قوله (آذنتكم على سواء) أى أعلمتكم فاستويا فى العلم (وأذان من الله ورسوله) أى اعلام (فأذنوا بحرب من الله ورسوله) فاعلموا به ، واشتقاقه من الاذن ، يعنى أوقعته فى إذنك وأعلمتك به ومع عدم العلم لا يكون إعلاما فلا يكون إذنا ، ولان اذن الشارع فى أوامره ونواهيه لا يثبت إلا بعد العلم بها ، كذلك إذن الآدمى ، وعلى هذا يمنع وجود الاذن من جهته .

فصــل

فإن حلف عليها أن لا تخرج من هذه الدار الا باذنه فصعدت سطحها أو خرجت الى صحنها لم يحنث لانها لم تخرج من الدار ، وان حلف لا تخرج من البيت فخرجت الى الصحن أو الى سطحه حنث ، وهذا مقتضى مذهب الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ، ولو حلف على زوجته لا تخرج ثم حملها فأخرجها ، فإن أمكنها الامتناع فلم تمتنع حنث . وقال الشافعى : لا يحنث لانها لم تخرج انما أخرجت .

ولنا أنها خرجت مختارة لحنث كما لو أمرت من حملها ، والدليل على خروجها أن الخروج الانفصال من داخل الى خارج وقد وجد ذلك ، وما ذكره يبطل بما اذا أمرت من حملها ، فأما ان لم يمكنها الامتناع فيحتمل أن لا يحنث ، وهو قول أصحاب الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ، لأن الخروج لا ينسب اليها فأشبه ما لو حملها غير الحالف ، ويحتمل أن يحنث لأنه مختار لفعل ما حلف على تركه وان حلف لا تخرجى الا باذن زيد فمات زيد ولم يأذن فخرجت حنث الحالف لانه علقه على شرط ولم يوجد ولا يجوز فعل المشروط

مسألة . قال (ولو حلف ألا يأكل هذا الرطب فأكله تمرا حنث ، وكذلك كلما تولد من ذلك الرطب)

، وجملة ذلك أنه اذا حلف على شيء عينه بالاشارة ، مثل أن حلف لا يأكل هذا الرطب لم يخل من حالين . أحدهما أن يأكله رطبا فيحنث بلا خلاف بين الجميع لكونه فعل ما حلف على تركه صريحا . الثانى أن تتغير صفته ، وذلك ينقسم خمسة أقسام .

أحدها أن تستحيل أجزاؤه ويتغير اسمه ، مثل أن يحلف لا أكلت هذه البيضة فصارت فرخا أو لا أكلت هذه الحنطة فصارت زرعا فأكله فهذا لا يحنث لانه زال واستحالت أجزاؤه ، وعلى قياسه اذا حلف لا شربت هذا الخمر فصارت خلا فشربه .

القسم الثانى : تغيرت صفته وزال اسمه مع بقاء أجزائه ، مثل أن يحلف لا آكل هذا الرطب فصار تمراً ، ولا أكلم هذا الصبى فصار شيخا ، ولا آكل هذا الحمل فصار كبشا ، أو لا آكل هذا الرطب فصار دبسا أو خلا أو ناطفا أو غيره من الحلواء ، ولا يأكل هذه الحنطة فصار دقيقا أو سويقا أو خبزا أو هريسة أو لا أكلت هذا العجين أو هذا الدقيق فصار خبزا ، أو لا أكلت هذا اللبن فصار سمنا أو جبنا أو كشكا ، أو لا دخلت هذه الدار فصارت مسجدا أو حماما أو فضاء ثم دخلها أو أكله حنث فى جميع ذلك .

وبه قال أبو حنيفة فيما اذا حلف لا كلمت هذا الصبي فصار شيخا ، ولا أكلت هذا الحمل فصار كبشا ولا دخلت هذه الدار فدخلها بعد تغيرها ، وقال به أبو يوسف فى الحنطة اذا صارت دقيقا ، وللشافعى فى الرطب اذا صار تمرا والصبي اذا صار شيخا والحمل اذا صار كبشا وجهان ، وقالوا فى سائر الصور لا يحنث ، لان اسم المحلوف عليه وصورته زالت فلم يحنث ، كما لو حلف لا يأكل هذه البيضة فصارت فرخا .

ولنا أن عين المحلوف عليه باقية فحنث بها ، كما لو حلف لا أكلت هذا الحمل فأكل لحمه أو لا لبست هذا الغزل فصار ثوبا فلبسه ، أو لا لبست هذا الرداء فلبسه بعد أن صار قميصا أو سراويل ، وفارق البيضة اذا صارت فرخا ، لأن أجزاءها استحالت فصارت عينا أخرى ولم تبق عينها ، ولأنه لااعتبار بالاسم مع التعيين

كما لو حلف لا كلمت زيداً هذا فغير اسمه ، أو لا كلمت صاحب هذا الطيلسان فكلمه بعد بيعه ، ولأنه متى اجتمع التعيين مع غيره مما يعرف به كان الحكم للتعيين كما لو اجتمع مع الاضافة .

القسم الثالث : تبدلت الاضافة ، مثل أن حلف لا كلمت زوجة زيد هذه ولا عبده هذا ولا دخلت داره هذه ، فطلق الزوجة وباع العبد والدار فكلمهما ودخل الدار حنث وبه قال مالك والشافعي ومحمد وزفر . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يحنث إلا في الزوجة لأن الدار لا توالي ولا تعادي ، وإنما الامتناع لأجل مالكها فتعلقت اليمين بها مع بقاء ملكه عليها وكذلك العبد في الغالب .

ولنا أنه إذا اجتمع في اليمين التعيين والاضافة كان الحكم للتعيين ، كما لو قال والله لا كلمت زوجة فلان ولا صديقه ، وما ذكروه لا يصح في العبد لأنه يوالي ويعادي ، ويلزمه في الدار إذا أطلق ولم يذكر مالكها فإنه يحنث بدخولها بعد بيع مالكها إياها .

القسم الرابع : إذا تغيرت صفته بما يزيل اسمه ثم عادت كقفص انكسر ثم أعيد ، وقلم انكسر ثم بري ، وسفينة تقصمت ثم أعيدت ، ودار هدمت ثم بنيت واسطوانة نقضت ثم أعيدت فإنه يحنث لأن أجزاءها واسمها موجود فاشبه ما لو لم تتغير .

القسم الخامس : اذا تغيرت صفته بما لم يزل اسمه كلحم شوى أو طبخ وعبد بيع ورجل مرض فإنه يحنث به بلا خلاف نعلمه لأن الاسم الذي علق عليه اليمين لم يزل ولا زال التغير فحنث به كما لو لم يتغير حاله .

(فصل) وإن قال والله لا كلمت سعداً زوج هند أو سيد صبيح أو صديق عمرو أو مالك هذه الدار أو صاحب هذا الطيلسان أو لا كلمت هنداً امرأة سعد أو صبيحا عبده أو عمراً صديقه ، فطلق الزوجة وباع العبد والدار والطيلسان وعادى عمراً وكلمهم حنث لأنه متى اجتمع الاسم والاضافة غلب الاسم بجريانه مجرى التعيين لتعريف المحل .

(فصل) ومتى نوى بيمينه فى هذه الأشياء ما دام على تلك الصفة أو الاضافة أو لم يتغير فيمينه على ما نواه لقوله عليه السلام «وانما لامرىء مانوى» والله أعلم

«مسألة» قال (ولو حلف ألا يأكل تمراً فأكل رطبا لم يحنث)

وجملة ذلك أنه اذا لم يعين المحلوف عليه ولم ينو بيمينه ما يخالف ظاهر اللفظ ولا صرفه السبب عنه تعلقت يمينه بما تناوله الاسم الذى علق عليه يمينه ولم يتجاوزه، فإذا حلف ألا يأكل تمرا لم يحنث إذا أكل رطبا ولا بسرا ولا بلحا، وإذا حلف لا يأكل رطبا لم يحنث اذا أكل تمرا ولا بسرا ولا بلحا ولا سائر مالا يسمى رطبا، وهذا مذهب الشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه خلافا

(فصل)

ولو حلف لا يأكل عنباً فأكل زبيبا أو دبسا أو خلا أو ناطفا أو لا يكلم شابا فكلم شيخا أو لا يشترى جدياً فاشترى تيسا أو لا يضرب عبدا فضرب عتيقا لم يحنث بغير خلاف لأن اليمين تعلقت بالصفة دون العين ولم توجد الصفة فجرى مجرى قوله لا أكلت هذه التمرة فأكل غيرها

(فصل) فإن حلف لا يأكل رطبا فأكل منصفا، وهو الذى بعضه بسر وبعضه تمر أو مذنبا وهو الذى بدأ فيه الأرطاب من ذنبه وباقيه بسر أو حلف لا يأكل بسرا فأكل ذلك حنث، وبهذا قال أبو حنيفة ومحمد والشافعى، وقال أبو يوسف وبعض أصحاب الشافعى: لا يحنث لأنه لا يسمى رطبا ولا تمرا.

ولنا أنه أكل رطبا وبسرا فحنث، كما لو أكل نصف رطبة ونصف بسرة منفردتين، وما ذكروه لا يصح فإن القدر الذى أرطب رطب والباقى بسر، ولو أنه حلف لا يأكل الرطب فأكل القدر الذى أرطب من النصف حنث، ولو حلف لا يأكل البسر فأكل البسر الذى فى النصف حنث. وان أكل البسر من يمينه على الرطب وأكل الرطب من يمينه على البسر لم يحنث واحد منهما؛ وان حلف واحد ليأكلن رطبا وآخر ليأكلن بسرا فأكل الحالف على أكل الرطب ما فى النصف من الرطبة وأكل الآخر باقيها برا جميعا، وان حلف ليأكلن

رطبة أو بسرة أو لا يأكل ذلك فأكل منصفا لم يبر ولم يحنث لأنه ليس فيه رطبة ولا بسرة .

(فصـــل) وإن حلف لا يأكل لبنا فأكل من لبن الأنعام أو الصيد أو ابن آدمية حنث لأن الاسم يتناوله حقيقة وعرفا ، وسواء كان حليبا أو رائبا أو مائعا أو مجمداً ، لأن الجميع لبن ولا يحنث بأكل الجبن والسمن والمصل والأقط والكشـك ونحوه ، فإن أكل زبداً لم يحنث ، نص عليه

وقال القاضي يحتمل أن يقال في الزبد إن ظهر فيه لبن حنث بأكله وإلا فلا كما قلنا فيمن حلف لا يأكل سمنا فأكل خبيصا فيه سمن ، وهذا مذهب الشافعي . وإن حلف لا يأكل زبداً فأكل سمنا أو لبنا لم يظهر فيه الزبد لم يحنث ، وإن كان الزبد ظاهرا فيه حنث ، وان أكل جبنا لم يحنث وكذلك سائر ما يصنع من اللبن ، وإن حلف لا يأكل سمنا فأكل زبدا أو لبنا أو شيئا مما يصنع من اللبن سوى السمن لم يحنث : وان أكل السـمن منفرداً أو في عصيدة أو حلواء أو طبيخ فظهر فيه طعمه حنث ، ولذلك إذا حلف لا يأكل لبنا فأكل طبيخا فيه لبن ، أو لا يأكل خلا فأكل طبيخا فيه خل يظهر طعمه فيه حنث ، وبهذا قال الشافعي ، وقال بعض أصحابه لا يحنث لأنه لم يفرده بالأكل ولا يصح لأنه أكل المحلوف عليه وأضاف إليه غيره فحنث كما لو أكله ثم أكل غيره

(فصـــل)

وإن حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها حبات شعير حنث ، لأنه أكل شعيراً فحنث ، كما لو حلف لا يأكل رطبا فأكل منصفا ، ويحتمل ان لا يحنث لانه يستهلك في الحنطة فأشبه السمن في الخبيص ، وان نوى بيمينه ألا يأكل الشعير منفردا أو كان سبب يمينه يقتضي ذلك أو يقتضي أكل شعير يظهر أثر أكله لم يحنث إلا بذلك لما قدمنا .

(فصل) فإن حلف لا يأكل فاكهة حنث بأكل كل ما يسمى فاكهة وهي كل ثمرة تخرج من الشجرة يتفكه بها من العنب والرطب والرمان والسفرجل والتفاح والكمثرى والخوخ والمشمش والأترج والتوت والنبق والموز والجوز

والجبز ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة وأبو ثور لايحنث بأكل ثمرة النخل والرمان لقول الله تعالى (فيهما فاكهة ونخل ورمان) والمعطوف يغاير المعطوف عليه

ولنا أنهما ثمرة شجرة يتفكه بهما فكانا من الفاكهة كسائر ما ذكرنا ولأنهما فى عرف الناس فاكهة ويسمى بائعهما فاكهانيا وموضع بيعهما دارالفاكهة والأصل فى العرف الحقيقة والعطف لشرفها وتخصيصها كقوله تعالى (من كان عدواً لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال) وهما من الملائكة ، فأما يابس هذه الفواكه كالزبيب والتمر والتين والمشمس اليابس والأجاص ونحوها فهو من الفاكهة لأنه ثمر شجرة يتفكه بها ، ويحتمل انه ليس منها لأنه يدخر ومنه ما يقتات ، فاشبه الحبوب ، والزيتون ليس بفاكهة لانه لا يتفكه بأكله ، وإنما المقصود زيته ومايؤكل منه يقصد به التأدم لاالتفكه والبطم فى معناه لان المقصود زيته ويحتمل أنه فاكهة لانه ثمر شجر يؤكل غضا ويابسا على جهته فأشبه التوت ، والبلوط ليس بفاكهة لأنه لا يتفكه به وإنما يؤكل عند المجاعة أو التداوى ، وكذلك سائر ثمر شجر البر الذى لا يستطاب كالزعرور الاحمر وثمر القيقب والعفص وحب الآس ونحوه ، وان كان فيها ما يستطاب كحب الصنوبر فهو فاكهة لانه ثمرة شجرة يتفكه به .

(فصل) فأما القثاء والخيار والقرع والباذنجان فهو من الخضر وليس بفاكهة وفى البطيخ وجهان .

أحدهما : هو من الفاكهة ذكره القاضى ، وهو قول الشافعى وأبى ثور لانه ينضج ويحلو أشبه ثمر الشجر

والثانى ليس من الفاكهة لانه ثمر بقلة أشبه الخيار والقثاء ، وأما ما يكون فى الارض كالجزر واللفت والفجل والقلقاس والسوطال ونحوه فليس شىء من ذلك فاكهة لانه يسمى بها ولا هو فى معناها

(فصل) وان حلف لا يأكل أدما حنث بأكل كلما جرت العادة بأكل الخبز به لان هذا معنى التأدم ، وسواء فى هذا ما يصطبغ كالطبيخ والمرق والخل

والزيت والسمن والشيرج واللبن ، قال الله تعالى فى الزيت (وصبغ للآكلين) وقال عليه السلام « نعم الإدام الخل » وقال « ائتدموا بالزيت وادهنوا به فإنه من شجرة مباركة » رواه ابن ماجه ، أو من الجامدات كالشواء والجبن والباقلاء والزيتون والبيض ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور .

وقال أبو حنيفة وابو يوسف : مالا يصطبغ به فليس بأدم لأن كل واحد منهما يرفع الى الفم منفرداً .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « سيد الإدام اللحم - وقال - سيد إدامكم الملح » رواه ابن ماجه لانه يؤكل به الخبز عادة فكان أدما كالذى يصطبغ به . ولان كثيراً مما ذكرنا لا يؤكل فى العادة وحده انما يعد للتأدم به وأكل الخبز به فكان أدما كالخل واللبن . وقولهم انه يرفع الى الفم وحده مفردا عنه جوابان . أحدهما أن منه ما يرفع مع الخبز كالملح ونحوه .

والثانى أنهما يجتمعان فى الفم والمضغ والبلع الذى هو حقيقة الاكل فلا يضر افتراقهما قبله فأما التمر ففيه وجهان

أحدهما هو أدم لما روى يوسف عن عبد الله بن سلام قال « رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع تمرة على كسرة وقال : هذه ادام هذه » رواه ابو داود وذكره الإمام أحمد .

والثانى ليس بأدم لانه لا يؤتدم به عادة انما يؤكل قوتا أو حلاوة ، وان أكل الملح مع الخبز فهو ادام لما ذكرنا من الخبر ، ولانه يؤكل به الخبز ولا يؤكل منفرداً عادة أشبه الجبن والزيتون

(فصل) فإن حلف لا يأكل طعاما فأكل ما يسمى طعاما من قوت وأدم وحلواء وتمر وجامد ومائع حنث ، قال الله تعالى (كل الطعام كان حلا لبنى اسرائيل الا ما حرم اسرائيل على نفسه) وقال تعالى (ويطعمون الطعام على حبه) يعنى على محبة الطعام لحاجتهم اليه ، وقيل على حب الله تعالى ، وقال الله تعالى (قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دماً مسفوحا أو لحم خنزير) وسمى النبى صلى الله عليه وسلم « اللبن طعاما » وقال « انما يخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم » وفى الماء وجهان

أحدهما هو طعام لقول الله تعالى (إن الله مبتليكم بنهر فمن شرب منه فليس مني ومن لم يطعمه فإنه مني) والطعام ما يطعم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم سمى اللبن طعاما وهو مشروب فكذلك الماء .

والثاني : ليس بطعام لأنه لا يسمى طعاما ولا يفهم من إطلاق اسم الطعام ، ولهذا يعطف عليه فيقال طعام وشراب ، وقال النبي صلى الله عليه وسلم « إني لا أعلم ما يجزىء من الطعام والشراب إلا اللبن » ورواه ابن ماجه ، ويقال باب الأطعمة والأشربة ، ولأنه ان كان طعاما في الحقيقة فليس بطعام في العرف فلا يحنث بشربه لأن مبنى الايمان على العرف لكون الحالف في الغالب لا يريد بلفظه الا ما يعرفه ، فإن أكل دواء ففيه وجهان

أحدهما يحنث لأنه يطعم حال الاختيار ، وهذا مذهب الشافعي

والثاني : لا يحنث لأنه لا يدخل في اطلاق اسم الطعام ولا يؤكل الا عند الضرورة ، فإن أكل من نبات الارض ما جرت العادة بأكله حنث ، وان أكل مالا يجزئه عادة كورق الشجر ونشارة الخشب احتمل وجهين .

أحدهما : يحنث لانه قد أكله فأشبه ما جرت العادة بأكله ، ولانه روى عن عتبة بن غزوان أنه قال « لقد رأيتنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم سابع سبعة ما لنا طعام الا ورق الحبلة حتى قرحت أشداقنا »

الثاني : لا يحنث لأنه لا يتناوله اسم الطعام في العرف

(فصل) فإن حلف لا يأكل قوتا فأكل خبزاً أو تمراً أو زبيبا أو لحما أو لبنا حنث لأن كل واحد من هذه يقتات في بعض البلدان ؛ ويحتمل أن لا يحنث الا بأكل مايقتاته أهل بلده لان يمينه تنصرف الى القوت المتعارف عندهم في بلدهم ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وان أكل سويقا أو استف دقيقا حنث لانه لا يقتات كذلك ، ولهذا قال بعض اللصوص :

لا تخبزا خبزا وبسابسا   ولا تطيلا بمقام حبسا

وان أكل حبا يقتات خبزه حنث لانه يسمى قوتا ولذلك روى أن النبي (ص) كان يدخر قوت عياله لسنة ، وانما يدخر الحب ويحتمل أن لا يحنث لانه لا يقتات كذلك وان أكل عنبا أو حصرما أو خلا لم يحنث لانه لم يصر قوتا

(فصل) فإن حلف لا يملك مالا حنث بملك كل ما يسمى مالا ، سواء كان من الأثمان أو غيرها من العقار والأثاث والحيوان وبهذا قال الشافعي : وعن أحمد أنه إذا نذر الصدقة بجميع ماله إنما يتناول نذره الصامت من ماله ذكرها ابن أبي موسى لأن إطلاق المال ينصرف اليه .

وقال أبو حنيفة لا يحنث إلا إن ملك مالا زكويا استحسانا ، لان الله تعالى قال (وفى أموالهم حق للسائل والمحروم) فلم يتناول إلا الزكوية .

ولنا أن غير الزكوية أموال ، قال الله تعالى (أن تبتغوا بأموالكم) وهى مما يجوز ابتغاء النكاح بها ، وقال أبو طلحة للنبي صلى الله عليه وسلم إن أحب أموالى الى بيرحاء يعنى حديقة

وقال عمر : أصبت مالا بأرض خيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه ، وقال أبو قتادة اشتريت مخرفا فكان أول مال تأثلته ، وفى الحديث « خير المال سكة مأبورة او مهرة مأمورة » ويقال : خير المال عين خرارة فى أرض خوارة ولانه يسمى مالا فحنث به كالزكوى

وأما قوله (وفى اموالهم حق) فالحق ههنا غير الزكاة لان هذه الآية مكية نزلت قبل فرض الزكاة ، فإن الزكاة إنما فرضت بالمدينة ، ثم لو كان الحق الزكاة فلا حجة فيها فإن الحق إذا كان فى بعض المال فهو فى المال كما أن من هو فى بيت من دار او فى بلدة فهو فى الدار والبلدة ، قال الله عز وجل (وفى السماء رزقكم وما توعدون) ولا يلزم ان يكون فى كل أقطارها ، ثم لو اقتضى هذا العموم لوجب تخصيصه ، فان ما دون النصاب مال ولا زكاة فيه ، فان حلف لا مال له وله دين حنث ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي ، وقال ابو حنيفة لا يحنث لانه لا ينتفع به

ولنا انه ينعقد عليه حول الزكاة ويصح إخراجها عنه ويصح التصرف فيه بالإبراء والحوالة والمعاوضة عنه لمن هو فى ذمته والتوكيل فى استيفائه فيحنث به كالمودع وان كان له مال مغصوب حنث لانه باق على ملكه ، فان كان له مال ضائع ففيه وجهان . أحدهما : يحنث لان الاصل بقاؤه على ملكه : والثانى لا يحنث لانه لا يعلم بقاؤه ، وان ضاع على وجه قد يئس من عوده كالذى يسقط فى بحر لم يحنث لان وجوده كعدمه ؛ ويحتمل ان لا يحنث فى كل موضع لا يقدر

على أخذ ماله كالمجحود والمغصوب والذى على غير ملىء لانه لانفع فيه وحكمه حكم المعدوم فى جواز الأخذ من الزكاة وانتفاء وجوب أدائها عليه عنه وان تزوج لم يحنث لأن ما يملكه ليس بمال وان وجب له حق شفعة لم يحنث لأنه لم يثبت له الملك به وان استأجر عقاراً أو غيره لم يحنث لأنه لا يسمى مالكا لمال .

« مسألة » قال (ولو حلف لا يأكل لحما فأكل الشحم أو المخ أو الدماغ لم يحنث إلا أن يكون أراد اجتناب الدسم فيحنث بأكل الشحم)

وجملته : أن الحالف على ترك أكل اللحم لا يحنث بأكل ما ليس بلحم من الشحم والمخ وهو الذى فى العظام والدماغ وهو الذى فى الرأس فى قحفه ولا الكبد والطحال والرئة والقلب والكرش والمصران والقانصة ونحوها ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك . يحنث بأكل هذا كله لأنه لحم حقيقة ويتخذ منه ما يتخذ من اللحم فأشبه لحم الفخذ .

ولنا أنه لا يسمى لحما وينفرد عنه باسمه وصفته ، ولو أمر وكيله بشراء لحم فاشترى هذا لم يكن ممتثلا لامره ولا ينفذ الشراء للموكل فلم يحنث بأكله كالبقل وقد دل على أن الكبد والطحال ليستا بلحم قول النبى صلى الله عليه وسلم « أحلت لنا ميتتان ودمان أما الدمان فالكبد والطحال » ولا نسلم أنه لحم حقيقة بل هو من الحيوان مع اللحم كالعظم والدم ، فأما ان قصد اجتناب الدسم حنث بأكل الشحم لان له دسما وكذلك المخ وكل ما فيه دسم .

(فصــــل)

ولا يحنث بأكل الالية ، وقال بعض أصحاب الشافعى : يحنث لانها نابتة فى اللحم وتشبهه فى الصلابه وليس بصحيح لانها لا تسمى لحما ولا يقصد بها مايقصد به وتخالفه فى اللون والذوب والطعم فلم يحنث بأكلها كشحم البطن ، وأما الشحم الذى على الظهر والجنب ، وفى تضاعيف اللحم فلا يحنث بأكله فى ظاهر كلام الخرقى فإنه قال اللحم لا يخلو من شحم يشير الى ما يخالط اللحم مما تذيبه النار وهذا كذلك وهذا قول طلحة العاقولى ، وممن قال هذا شحم أبو يوسف ومحمد وقال القاضى : هو لحم يحنث بأكله ولا يحنث بأكله من حلف لا يأكل شحما

وهذا مذهب الشافعي لأنه لا يسمى شحماً ولا بائعه شحاما ولا يفرد عن اللحم مع الشحم ويسمى بائعه لحاما ويسمى لحما سمينا ، ولو وكل فى شراء لحم فاشتراه الوكيل لزمه ولو اشتراه الوكيل فى شراء الشحم لم يلزمه .

ولنا قوله تعالى (ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما إلا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم) ولأنه يشبه الشحم فى صفته وذوبه ويسمى دهنا فكان شحما كالذى فى البطن ولا نسلم أنه لا يسمى شحماً ولا أنه يسمى بمفرده لحما وانما يسمى اللحم الذى هو عليه لحما سمينا ولا يسمى بائعه شحاما لأنه لا يباع بمفرده وإنما يباع تبعاً للحم وهو تابع له فى الوجود والبيع فلذلك سمى بائعه لحاما ولم يسم شحاما لأنه سمى بما هو الاصل فيه دون التبع .

فصـــل

وان أكل المرق لم يحنث ذكره أبو الخطاب قال : وقد روى عن أحمد أنه قال لا يعجبنى الاكل من المرق وهذا على طريق الورع ، وقال ابن أبى موسى والقاضى يحنث لأن المرق لا يخلو من أجزاء اللحم الذائبة ، وقد قيل : المرق أحد اللحمين .

ولنا أنه ليس بلحم حقيقة ولا يطلق عليه اسمه فلم يحنث به كالكبد ولا نسلم أن أجزاء اللحم فيه وانما فيه ماء اللحم ودهنه وليس ذلك بلحم ، وأما المثل فانما أريد به المجاز كما فى نظائره من قولهم الدعاء أحد الصدقتين وقلة العيال أحد اليسارين وهذا دليل على أنها ليست بلحم لانه جعلها غير اللحم الحقيق .

(فصل) فإن أكل رأساً أو كارعا فقد روى عن احمد مايدل على أنه لا يحنث لانه روى عنه ما يدل على أن من حلف لا يشترى لحما فاشترى رأسا أو كارعا لا يحنث إلا أن ينوى أن لا يشترى من الشاة شيئا .

قال القاضى : لأن إطلاق اسم اللحم لا يتناول الرءوس والكوارع ولو وكله فى شراء لحم فاشترى رأسا أو كارعا لم يلزمه ويسمى بائع ذلك رآساً ولا يسمى لحاما .

وقال أبو الخطاب : يحنث بأكل لحم الخد لأنه لحم حقيقة ، وحكى عن أبى موسى أنه لا يحنث إلا أن ينويه باليمين ، وان أكل اللسان احتمل وجهين .

أحدهما : يحنث لأنه لحم حقيقة .

والثانى : لا يحنث لأنه ينفرد عن اللحم باسمه وصفته فأشبه القلب .

« مسألة » قال (فإن حلف ألا يأكل الشحم فأكل اللحم حنث ، لأن اللحم لا يخلو من شحم)

ظاهر كلام الخرقى أن الشحم كل ما يذوب بالنار مما فى الحيوان فظاهر الآية والعرف يشهد لقوله ، وهذا ظاهر قول أبى الخطاب وطلحة .

وقال به أبو يوسف ومحمد بن الحسن فعلى هذا لا يكاد لحم يخلو من شيء منه وان قل فيحنث به ، وقال القاضى : الشحم هو الذى يكون فى الجوف من شحم الكلى أو غيره ، وان أكل من كل شيء من الشاة من لحمها الاحمر والابيض والألية والكبد والطحال والقلب ، فقال شيخنا لا يحنث يعنى ابن حامد لان اسم الشحم لا يقع عليه ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى ، وقد سبق الكلام فى أن شحم الظهر والجنب شحم فيحنث به .

وأما ان أكل لحما أحمر وحده لا يظهر فيه شيء من الشحم فظاهر كلام الخرقى أنه يحنث لانه لا يخلو من شحم ، وان قل ويظهر فى الطبخ فانه يبين على وجه المرق وان قل ، وبهذا يفارق من حلف لا يأكل سمنا فأكل خبيصا فيه سمن لا يظهر فيه طعمه ولا لونه فان هذا قد يظهر الدهن فيه ، وقال غير الخرقى من أصحابنا : لا يحنث وهو الصحيح لانه لا يسمى شحما ولا يظهر فيه طعمه ولا لونه والذى يظهر فى المرق قد فارق اللحم فلا يحنث بأكل اللحم الذى كان فيه .

(فصل) ويحنث بالاكل من الالية فى ظاهر كلام الخرقى وموافقيه لأنها دهن يذوب بالنار ويباع مع الشحم ولا يباع مع اللحم ، وعلى قول القاضى وموافقيه ليست شحما ولا لحما فلا يحنث به الحالف على تركها .

« مسألة » قال (واذا حلف ألا يأكل لحما ولم يرد لحما بعينه فأكل من لحم الانعام أو الطيور أو السمك حنث)

أما إذا أكل من لحم الانعام أو الصيد أو الطائر فانه يحنث فى قول عامة

علماء الأمصار ، وأما السمك فظاهر المذهب أنه يحنث بأكله ، وبهذا قال قتادة والثورى ومالك وأبو يوسف .

وقال ابن أبي موسى : فى الإرشاد لا يحنث به الا أن ينويه ، وهو قول أبى حنيفة والشافعى وأبى ثور لانه لا ينصرف اليه إطلاق اسم اللحم ولو وكل وكيلا فى شراء اللحم فاشترى له سمكا لم يلزمه ويصح أن ينفى عنه الاسم فيقول : ما أكلت لحما وإنما أكلت سمكا فلم يتعلق به الحنث عند الاطلاق كما لو حلف لا قعدت تحت سقف فانه لا يحنث بالقعود تحت السماء وقد سماها الله تعالى سقفا محفوظاً لانه مجاز كذا ههنا .

ولنا قول الله تعالى (الله الذى سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحما طريا) وقال (ومن كل تأكلون لحما طريا) ولانه من جسم حيوان ويسمى لحما فحنث بأكله كلحم الطائر وما ذكروه يبطل بلحم الطائر .

وأما السماء فان الحالف ألا يقعد تحت سقف لا يمكنه التحرز من القعود تحتها فيعلم أنه لم يردها بيمينه ولان التسمية ثم مجاز وههنا هى حقيقة لكونه من جسم حيوان يصلح الأكل فكان الاسم فيه حقيقة كلحم الطائر حيث قال الله تعالى (ولحم طير مما يشتهون) .

(فصل) ويحنث بأكل اللحم المحرم كلحم الميتة والخنزير والمغصوب ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى فى أحد الوجهين لا يحنث بأكل المحرم بأصله لان يمينه تنصرف الى ما يحل لا الى ما يحرم فلم يحنث بما لا يحل كما لو حلف لا يبيع فباع بيعا فاسداً : لم يحنث

ولنا أن هذا لحم حقيقة وعرفا فيحنث بأكله كالمغصوب وقد سماه الله تعالى لحما فقال (ولحم الخنزير) وما ذكروه يبطل بما إذا حلف لا يلبس ثوبا فلبس ثوب حرير ، واما البيع الفاسد فلا يحنث به لانه ليس ببيع فى الحقيقة .

(فصل) والاسماء تنقسم الى ستة اقسام .

احدها : ماله مسمى واحد كالرجل والمرأة والانسان والحيوان فهذا تنصرف اليمين الى مسماه بغير خلاف .

الثانى : ماله موضوع شرعى وموضوع لغوى كالوضوء والطهارة والصلاة والزكاة والصوم والحج والعمرة والبيع ونحو ذلك فهذا تنصرف اليمين عند الاطلاق الى موضوعه الشرعى دون اللغوى لا نعلم فيه أيضاً خلافا غير ما ذكرناه فيما تقدم

الثالث : ماله موضوع حقيق ومجاز لم يشتهر أكثر من الحقيقة كالأسد والبحر فيمين الحالف تنصرف عند الاطلاق الى الحقيقة دون المجاز لأن كلام الشارع إذا ورد فى مثل هذا حمل على حقيقته دون مجازه كذلك اليمين .

الرابع : الأسماء العرفية وهى ما يشتهر مجازه حتى تصير الحقيقة مغمورة فيه فهذا على ضروب .

أحدها : ما يغلب على الحقيقة بحيث لا يعلمها أكثر الناس كالراوية هى فى العرف اسم المزادة وفى الحقيقة اسم لما يستقى عليه من الحيوانات والظعينة فى العرف المرأة ، وفى الحقيقة الناقة التى يظعن عليها والعذرة والغائط فى العرف الفضلة المستقذرة وفى الحقيقة العذرة فناء الدار ولذلك قال على عليه السلام لقوم مالكم لا تنظفون عذراتكم يريد أفنيتكم والغائط المكان المطمئن فهذا وأشباهه تنصرف يمين الحالف الى المجاز دون الحقيقة لأنه الذى يريده بيمينه ويفهم من كلامه فأشبه الحقيقة فى غيره

الضرب الثانى : ان يخص عرف الاستعمال بعض الحقيقة بالاسم وهذا يتنوع أنواعاً فمنه ما يشتهر التخصيص فيه كلفظ الدابة هو فى الحقيقة إسم لكل ما يدب قال الله تعالى (وما من دابة فى الارض إلا على الله رزقها) وقال (ان شر الدواب عند الله الذين كفروا) وفى العرف اسم للبغال والخيل والحمير ولذلك لو وصى إنسان لرجل بدابة من دوابه كان له أحد هذه الثلاث فالظاهر أن يمين الحالف تنصرف الى العرف دون الحقيقة عند الاطلاق كالذى قبله ، ويحتمل أن تتناول يمينه الحقيقة بناء على قولهم فيما سنذكره وعلى قول من قال فى الحالف على ترك أكل اللحم ان يمينه تتناول السمك ومن هذا النوع اذا حلف لا يشم الريحان فانه فى العرف اسم مختص بالريحان الفارسى وهو فى الحقيقة اسم لكل نبت أو زهر طيب الريح مثل الورد والبنفسج والنرجس .

وقال القاضى : لا يحنث إلا بشم الريحان الفارسى . وهو مذهب الشافعي لان الحالف لا يريد بيمينه فى الظاهر سواه

وقال أبو الخطاب : يحنث بشم ما يسمى فى الحقيقة ريحانا لأن الاسم يتناوله حقيقة ولا يحنث بشم الفاكهة وجها واحداً لأنها لا تسمى ريحانا حقيقة ولا عرفا ومن هذا لو حلف لا يشم ورداً ولا بنفسجا فشم دهن البنفسج وماء الورد فقال القاضى لا يحنث ، وهو مذهب الشافعى لانه لم يشم ورداً ولا بنفسجا

وقال أبو الخطاب : يحنث لان الشم إنما هو للرائحة دون الذات ، ورائحة الورد والبنفسج موجودة فيهما . وقال ابو حنيفة : يحنث بشم دهن البنفسج لانه يسمى بنفسجا ولا يحنث بشم ماء الورد لانه لا يسمى ورداً والاول أقرب الى الصحة إن شاء الله ، وإن شم الورد والبنفسج اليابس حنث ، وقال بعض أصحاب الشافعى لا يحنث كما لو حلف لا يأكل رطبا فأكل تمرا

ولنا أن حقيقته باقية فحنث به كما لو حلف لا يأكل لحما فأكل قديداً ، وفارق ما ذكروه فإن التمر ليس رطبا ، وان حلف لا يأكل شواء حنث بأكل اللحم المشوى دون غيره من البيض المشوى وما عداه ، وبه قال أصحاب الرأى . وقال أبو يوسف وابن المنذر يحنث بأكل كل ما يشوى لانه شواء

ولنا أن هذا لا يسمى شواء فلم يحنث بأكله كالمطبوخ ، وقولهم هو شواء فى الحقيقة ، قلنا لكنه لا يسمى شواء فى العرف ، والظاهر انه إنما يريد المسمى شواء فى عرفهم . وان حلف لا يدخل بيتا فدخل مسجدا أو حماما فإنه يحنث نص عليه احمد ويحتمل أن لا يحنث . وهو قول أكثر الفقهاء لانه لا يسمى بيتا فى العرف فاشبه ما قبله من الانواع .

والاول المذهب لانهما بيتان حقيقة وقد سمى الله المساجد بيوتا فقال (فى بيوت أذن الله ان ترفع - وقال - إن أول بيت وضع للناس للذى ببكة مباركا) وروى فى حديث « المسجد بيت كل تقى »

وروى فى خبر «بئس البيت الحمام» واذا كان بيتا فى الحقيقة ويسميه الشارع بيتا حنث بدخوله كبيت الانسان ، ولا يسلم أنه من الانواع ، فإن هذا يسمى بيتا فى العرف بخلاف الذى قبله ، وان دخل بيتا من شعر أو غيره حنث ، سواء كان الحالف حضرياً أو بدوياً فإن اسم البيت يقع عليه حقيقة وعرفا ، قال الله تعالى (والله جعل لكم من بيوتكم سكنا وجعل لكم من جلود الانعام بيوتا تستخفونها

يوم ظعنكم) فأما مالا يسمى فى العرف بيتاً كالخيمة فالأولى أن لا يحنث بدخوله من لا يسميه بيتا لأن يمينه لا تنصرف اليه ، فإن دخل دهليز دار أو صفتها لم يحنث ، وهو قول بعض أصحاب الشافعى

وقال أبو حنيفة يحنث لان جميع الدار بيت

ولنا أنه لا يسمى بيتا ، ولهذا يقال : ما دخلت البيت إنما وقفت فى الصحن ، وان حلف لا يركب فركب سفينة فقال أبو الخطاب يحنث لانه ركوب . قال الله تعالى (اركبوا فيها بسم الله مجريها) وقال (فإذا ركبوا فى الفلك)

الضرب الثالث : أن يكون الاسم المحلوف عليه عاما لكن أضاف اليه فعلا لم تجر العادة به الا فى بعضه أو اشتهر فى البعض دون البعض مثل أن يحلف أن لا يأكل رأسا فإنه يحنث بأكل رأس كل حيوان من النعم والصيود والطيور والحيتان والجراد ، ذكره القاضى

وقال أبو الخطاب لا يحنث إلا بأكل رأس جرت العادة ببيعه للأكل منفردا وقال الشافعى لا يحنث الا بأكل رءوس بهيمة الانعام دون غيرها الا أن يكون فى بلد تكثر فيه الصيود وتميز رءوسها فيحنث بأكلها . وقال أبو حنيفة لا يحنث بأكل رءوس الإبل لان العادة لم تجر ببيعها مفردة . وقال صاحباه لا يحنث الا بأكل رءوس الغنم لانها التى تباع فى الاسواق دون غيرها فيمينه تنصرف اليها .

ووجه الاول أن هذه رءوس حقيقة وعرفا مأكولة فحنث بأكلها كما لو حلف لا يأكل لحما فأكل من لحم النعام والزرافة وما يندر وجوده وبيعه ، ومن ذلك اذا حلف لا يأكل بيضا حنث بأكل بيض كل حيوان ، سواء كثر وجوده كبيض الدجاج أو قل وجوده كبيض النعام ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أصحاب الرأى : لا يحنث بأكل بيض النعام . وقال أبو ثور : لا يحنث الا بأكل بيض الدجاج وما يباع فى السوق .

ولنا أن هذا كله بيض حقيقة وعرفا وهو مأكول فيحنث بأكله كبيض الدجاج، ولانه لو حلف لا يشرب ماء فشرب ماء البحر أو ماء نجسا ، أو لا يأكل خبزا فأكل خبز الارز أو الذرة فى مكان لا يعتاد أكله فيه حنث، فاما ان أكل بيض السمك أو الجراد فقال القاضى يحنث لانه بيض حيوان أشبه بيض النعام .

وقال أبو الخطاب : لا يحنث الا بأكل بيض يزايل بائضه فى الحياة ، وهذا قول الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى وأكثر العلماء وهو الصحيح ، لأن هذا لا يفهم من إطلاق اسم البيض ولا يذكر إلا مضافا الى بائضه ولا يحنث بأكل شيء يسمى بيضا غير بيض الحيوان ولا بأكل شيء يسمى رأسا غير رءوس الحيوان لان ذلك ليس برأس ولا بيض فى الحقيقة والله أعلم

« مسئلة » قال (وان حلف ألا يأكل سويقا فشربه أو لا يشربه فأكله حنث إلا أن تكون له نية)

وجملته أن من حلف لا يأكل شيئا فشربه أو لا يشربه فأكله ، فقد نقل عن أحمد مايدل على روايتين . احداهما يحنث لأن اليمين على ترك أكل شيء أو شربه يقصد بها فى العرف اجتناب ذلك الشيء فحملت اليمين عليه الا أن ينوى ، ألا ترى أن قوله تعالى (ولا تأكلوا أموالهم — و — ان الذين يأكلون أموال اليتامى ظلما) لم يرد به الأكل على الخصوص ؟ ولو قال طبيب لمريض لا تأكل العسل لكان ناهيا له عن شربه .

والثانية لا يحنث ، وهذا مذهب الشافعى وأبى ثور وأصحاب الرأى ، ولأن الافعال أنواع كالاعيان ، ولو حلف على نوع من الاعيان لم يحنث بغيره وكذلك الافعال . وقال القاضى : انما الروايتان فيمن عين المحلوف عليه مثل من حلف لا أكلت هذا السويق فشربه أو لا يشربه فأكله ، أما اذا أطلق فقال لا أكلت سويقا فشربه لم يحنث رواية واحدة لايختلف المذهب فيه ، وهذا مخالف لإطلاق الخرقى وليس للتعيين اثر فى الحنث وعدمه فإن الحنث فى المعين انما هو لتناوله ماحلف عليه واجراء معنى الأكل والشرب على التناول العام فيهما وهذا لا فرق فيه بين التعيين وعدمه ، وعدم الحنث يتعلل بانه لم يفعل الفعل الذى حلف على تركه وانما فعل غيره وهذا فى المعين كهو فى المطلق فإذا كان فى المعين روايتان كانتا فى المطلق لعدم الفارق بينهما ولأن الرواية فى الحنث اخذت من كلام الخرقى وليس فيه تعيين . ورواية عدم الحنث أخذت من رواية مهنا عن احمد فيمن حلف لا يشرب هذا

النبيذ فأكله لا يحنث لأنه لا يسمى شربا وهذا فى المعين فإن عديت كل رواية الى محل الأخرى وجب أن يكون فى الجميع روايتان ، وان قصرت كل رواية على محلها كان الأمر على خلاف ما قال القاضى وهو أن يحنث فى المطلق ولا يحنث فى المعين ، فأما ان حلف ليأكلن شيئا فشربه أو ليشربنه فأكله فيخرج فيه وجهان بناء على الروايتين فى الحنث ، إذا حلف على الترك . ومتى تقيدت يمينه بنية أو سبب يدل عليها كانت يمينه على ما نواه ، أو دل عليه السبب لأن مبنى الأيمان على النية

فصل

وإن حلف لا يشرب شيئا فمصه ورمى به فقد روى عن أحمد فيمن حلف لا يشرب فمص قصب السكر لا يحنث ، وقال ابن أبى موسى : إذا حلف لا يأكل ولا يشرب فمص قصب السكر لا يحنث وهذا قول أصحاب الرأى فانهم قالوا : إذا حلف لا يشرب فمص حب رمان ورمى بالثفل لا يحنث ، لأن ذلك ليس بأكل ولا شرب ، ويجىء على قول الخرقى أنه يحنث لأنه قد تناوله ووصل الى بطنه وحلقه فإنه يحنث على ماقلنا فيمن حلف لا يأكل شيئا فشربه أو لا يشربه فأكله وان حلف لا يأكل سكراً فتركه فى فيه حتى ذاب فابتلعه ، خرج على الروايتين وان حلف لا يطعم شيئا حنث بالأكل والشرب والمص ، لأن ذلك كله طعم قال الله تعالى فى النهر (ومن لم يطعمه) .

وان حلف لا يأكله أو لا يشربه فذاقه لم يحنث فى قولهم جميعا ، لأنه ليس بأكل ولا شرب ، ولذلك لم يفطر به الصائم ، وان حلف لا يذوقه فأكله أو شربه أو مصه حنث لأنه ذوق وزيادة ، وان مضغه ورمى به حنث لأنه قد ذاقه .

(فصل) وإن حلف ليأكلن أكلة بالفتح لم يبر حتى يأكل مايعده الناس أكلة وهى المرة من الأكل والأكلة بالضم اللقمة ومنه « فليناوله فى يده أكلة أو أكلتين » .

« مسألة » قال (ومن حلف بالطلاق ألا يأكل تمرة فوقعت فى تمره فأكل منه واحدة منع من وطء زوجته حتى يعلم أنها ليست التى وقعت اليمين عليها ولا يتحقق حنثه حتى يأكل التمر كله)

وجملته : أن حالف هذه اليمين لا يخلو من أحوال ثلاثة .

أحدها : أن يتحقق أكل الثمرة المحلوف عليها ، فاما أن يعرفها بعينها أو بصفتها أو يأكل التمر كله أو الجانب الذى وقعت فيه كله فهذا يحنث بلا خلاف بين أهل العلم ، وبه يقول الشافعي وابو ثور وابن المنذر واصحاب الرأى ، لأنه اكل الثمرة المحلوف عليها .

الثانى ان يتحقق انه لم يأكلها إما بأن لا يأكل من التمر شيئا او اكل شيئا يعلم انه غيرها فلا يحنث ايضا بلا خلاف ، ولا يلزمه اجتناب زوجته .

الثالث . اكل من التمر شيئا إما واحدة او اكثر الى ان لا يبقى منه الا واحدة ولم يدر هل اكلها ام لا ؟ فهذه مسألة الخرقى فلا يتحقق حنثه ، لان الباقية يحتمل انها المحلوف عليها ، ويقين النكاح ثابت فلا يزول بالشك ، وهذا قول الشافعي واصحاب الرأى . فعلى هذا يكون حكم الزوجية باقيا فى لزوم نفقتها وكسوتها ومسكنها وسائر احكامها إلا الوطء ، فإن الخرقى قال : يمنع وطأها لأنه شاك فى حلها فحرمت عليه كما لو اشتبهت عليه امرأته باجنبية ، وذكر ابو الخطاب : انها باقية على الحل وهو مذهب الشافعى لأن الأصل الحل فلا يزول بالشك كسائر احكام النكاح ولان النكاح باق حكما فأثبت الحل كما لو شك هل طلق ام لا ؟ وان كانت يمينه ليأكلن هذه الثمرة فلا يتحقق بره حتى يتحقق انه اكلها .

« مسألة » قال (ولو حلف ان يضربه عشرة اسواط فجمعها فضربه بها ضربة واحدة لم يبر فى يمينه)

وبهذا قال مالك واصحاب الرأى ، وقال ابن حامد يبر لان احمد قال فى المريض عليه الحد يضرب بعثكال النخل فيسقط عنه الحد ، وبهذا قال الشافعى إذا علم انها مسته كلها ، وان علم انها لم تمسه كلها لم يبر وإن شك لا يحنث فى الحكم لان الله تعالى قال (وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث) .

وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى المريض الذى زنى « خذوا له عثكالا فيه مائة شمراخ فاضربوه بها ضربة واحدة » ولانه ضربه بعشرة اصوات فبر فى يمينه كما لو فرق الضرب .

ولنا أن معنى يمينه أن يضربه عشر ضربات ولم يضربه الا ضربة واحدة فلم يبر كما لو حلف ليضربنه عشر مرات بسوط ، والدليل على هـذا أنه لو ضربه عشر ضربات بسوط واحد يبر فى يمينه بغير خلاف ، ولو عاد العدد الى السوط لم يبر بالضرب بسوط واحد كما لو حلف ليضربنه بعشرة أسواط ولأن السوط ههنا آلة أقيمت مقام المصدر فانتصب انتصابه، فمعنى كلامه لأضربنه عشر ضربات بسوط وهذا هو المفهوم من يمينه والذى يقتضيه لغة فلا يبر بما يخالف ذلك .

وأما أيوب عليه السلام فإن الله تعالى أرخص له رفقاً بامرأته لبرها به وإحسانها اليه ليجمع له بين بره فى يمينه ورفقه بامرأته ولذلك امتن عليه بهذا وذكره فى جملة ما من عليه به من معافاته إياه من بلائه واخراج الماء له فيختص هذا به كاختصاصه بما ذكر معه ، ولو كان هذا الحكم عاما لكل واحد لما اختص أيوب بالمنة عليه .

وكذلك المريض الذى يخاف تلفه أرخص له بذلك فى الحد دون غيره واذا لم يتعده هذا الحكم فى الحد الذى ورد النص به فيه فلئلا يتعداه الى اليمين أولى ولو خص بالبر من له عذر يبيح العدول فى الحد الى الضرب بالعثكال لكان له وجه ، وأما تعديته الى غيره فبعيدة جداً ، ولو حلف أن يضربه بعشرة أسواط فجمعها فضربه بها بر لأنه قد فعل ما حلف عليه .

وان حلف ليضربنه عشر مرات لم يبر بضربه بعشرة أسواط دفعة واحدة بغير خلاف ، لأنه لم يفعل ما تناولته يمينه ، وان حلف ليضربنه عشر ضربات فكذلك الا وجهاً لأصحاب الشافعى ، أنه يبر وليس بصحيح لأن هذه ضربه واحدة بأسواط ولهذا يصح أن يقال ما ضربته الا ضربة واحدة ولو حلف لا يضربه أكثر من ضربة واحدة ففعل هذا لم يحنث فى يمينه .

(فصل) ولا يبر حتى يضربه ضربا يؤلمه ، وبهذا قال مالك ؛ وقال الشافعى يبر بما لا يؤلم لانه يتناوله الاسم فوقع البر به كالمؤلم .

ولنا أن هذا يقصد به فى العرف التأليم فلا يبر بغيره ، وكذلك كل موضع وجب الضرب فى الشرع فى حد أو تعزير كان من شرطه التأليم كذا ههنا .

« مسأله » قال ﴿ ولو حلف ألا يكلمه فكتب إليه أو أرسل إليه رسولا حنث إلا أن يكون أراد أن لا يشافهه ﴾

أكثر أصحابنا على هذا وهو مذهب مالك والشافعي ، وقد روى الأثرم وغيره عن أحمد : في رجل حلف ألا يكلم رجلا فكتب إليه كتاباً قال وأى شيء كان سبب ذلك ؟ إنما ينظر الى سبب يمينه ولم حلف . إن الكتاب قد يجرى مجرى الكلام والكتاب قد يكون بمنزلة الكلام فى بعض الحالات وهذا يدل على أنه لا يحنث بالكتاب إلا أن تكون نيته أو سبب يمينه يقتضى هجرانه وترك صلته وان لم يكن كذلك لم يحنث بكتاب ولا رسول لأن ذلك ليس بتكلم فى الحقيقة وهذا يصح نفيه فيقال ما كلمته وإنما كاتبته أو راسلته ولذلك قال الله تعالى (تلك الرسل فضلنا بعضهم على بعض منهم من كلم الله) وقال (ياموسى إنى اصطفيتك على الناس برسالاتى وبكلامى) وقال (وكلم الله موسى تكليما) ولو كانت الرسالة تكليما لشارك موسى غيره من الرسل ولم يختص بكونه كليم الله ونجيه ·

وقد قال أحمد حين مات بشر الحافى : لقد كان فيه أنس وما كلمته قط وقد كانت بينهما مراسلة، وممن قال لا يحنث بهذا الثورى وأبو حنيفة وابن المنذر والشافعى فى الجديد واحتج أصحابنا بقوله تعالى (وما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحياً أو من وراء حجاب او يرسل رسولا فيوحى) فاستثنى الرسول من التكلم ، والاصل أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه. ولأنه وضع لإفهام الآدميين أشبه الخطاب والصحيح أن هذا ليس بتكلم وهذا الاستثناء من غير الجنس كما قال فى الآية الأخرى (آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً) والرمز ليس بتكلم لكن إن نوى ترك مواصلته او كان سبب يمينه يقتضى هجرانه حنث لذلك ، ولذلك قال أحمد ان الكتاب يجرى مجرى الكلام وقد يكون بمنزلة الكلام فلم يجعله كلاما إنما قال هو بمنزلته فى بعض الحالات إذا كان السبب يقتضى ذلك ، وإذا أطلق احتمل ان لا يحنث لانه لم يكلمه . واحتمل أن يحنث لان الغالب من الحالف هذه اليمين قصد ترك المواصلة فتعلق يمينه بما يراد فى الغالب كقولنا فى المسألة قبلها والله أعلم

(فصل) وان أشار إليه ففيه وجهان : قال القاضي يحنث لأنه في معنى المكاتبة والمراسلة في الإفهام .

والثاني : لايحنث ذكره أبو الخطاب . لأنه ليس بكلام قال الله تعالى لمريم عليها السلام (فقولي إني نذرت للرحمن صوماً فلن أكلم اليوم إنسيا ، الى قوله ، فأشارت إليه) وقال في زكريا (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاث ليال سويا ، الى قوله ، فخرج على قومه من المحراب فأوحى إليهم أن سبحوا بكرة وعشيا) ولان الكلام حروف وأصوات ولا يوجد في الاشارة . ولان الكلام شيء مسموع وتبطل به الصلاة قال النبي صلى الله عليه وسلم ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء من كلام الناس ، والاشارة بخلاف هذا ، فإن قيل فقد قال الله تعالى (آيتك أن لاتكلم الناس ثلاثة أيام الا رمزاً) قلنا هذا استثناء من غير الجنس بدليل ماذكرنا وصحة نفيه عنه فيقال ما كلمه وانما أشار اليه .

(فصل) فإن كلم غير المحلوف عليه بقصد اسماع المحلوف عليه فقال أحمد : يحنث لانه قد أراد تكليمه وقد روينا عن أبي بكرة نفيع بن الحارث أنه كان قد حلف أن لا يكلم أخاه زياداً . فلما أراد زياد الحج جاء أبو بكرة الى قصر زياد فدخل فأخذ بنيا لزياد صغيرا في حجره ثم قال : ياابن أخي ان أباك يريد الحج ولعله يمر بالمدينة فيدخل على أم حبيبة زوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا النسب الذي ادعاه وهو يعلم أنه ليس بصحيح ، وأن هذا لا يحل له ثم قام فخرج وهذا يدل على أنه لم يعتقد ذلك تكليما له ، ووجه الأول انه أسمعه كلامه قاصداً لإسماعه وإفهامه فأشبه ما لو خاطبه . وقال الشاعر :

* إياك أعني فاسمعي يا جارة *

(فصل) فإن ناداه بحيث يسمع فلم يسمع لتشاغله أو غفلته حنث نص عليه أحمد : فإنه سئل عن رجل حلف أن لا يكلم فلانا فناداه والمحلوف عليه لا يسمع قال يحنث ، لانه قد أراد تكليمه وهذا لكون ذلك يسمى تكليما يقال : كلمته فلم يسمع ، وان كان ميتا أو غائبا أو مغمى عليه أو أصم لايعلم بتكليمه إياه لم يحنث وبهذا قال الشافعي .

وحكى عن أبي بكر أنه يحنث بنداء الميت لأن النبي صلى الله عليه وسلم كلمهم وناداهم ، وقال « ما أنتم بأسمع لما أقول منهم » .

ولنا قوله تعالى (وما أنت بمسمع من في القبور) ولأنه قد بطلت حواسه وذهبت نفسه فكان أبعد من السماع من الغائب البعيد لبقاء الحواس في حقه : وانما كان ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم كرامة له وأمراً اختص به فلا يقاس عليه غيره .

(فصل) وان سلم على المحلوف عليه حنث لان السلام كلام تبطل الصلاة به وان سلم على جماعة هو فيهم أو كلمهم فإن قصد المحلوف عليه مع الجماعة حنث لانه كلمه ، وان قصدهم دونه لم يحنث . قال القاضي : لا يحنث رواية واحدة ، وهو مذهب الشافعي لان اللفظ العام يحتمل التخصيص ، فإذا نواه به فهو على ما نواه وان أطلق حنث ، وبه قال الحسن وأبو عبيد ومالك وأبو حنيفة ، لانه مكلم لجميعهم لان مقتضى اللفظ العموم فيحمل على مقتضاه عند الاطلاق ، وقال القاضي : فيه روايتان وللشافعي قولان .

أحدهما : لا يحنث لان العام يصلح للخصوص ، فلا يحنث بالاحتمال والاول أولى لان هذا الاحتمال مرجوح فيتعين العمل بالراجح كما احتمل اللفظ المجاز الذى ليس بمشتهر فإنه لا يمنع حمله على الحقيقة عند الاطلاق فإن لم يعلم أن المحلوف عليه فيهم ففيه روايتان .

إحداهما : لا يحنث لانه لم يرده فأشبه مالو استثناه . والثانية : يحنث لانه قد أرادهم بسلامه وهو منهم وهذا بمنزلة الناسي ، وان كان وحده فسلم عليه ولا يعرفه فقال أحمد : يحنث ويحتمل أن لا يحنث بناء على الناسي والجاهل .

(فصل) فإن حلف لا يكلمه ثم وصل يمينه بكلامه مثل أن قال فتحقق ذلك أو فاذهب فقال أصحابنا : يحنث ، وقال أصحاب أبي حنيفة لا يحنث بالقليل لان هذا تمام الكلام الأول والذى يقتضيه يمينه أن لا يكلمه كلاما مستأنفا ، واحتج أصحابنا بأن هذا القليل كلام منه له حقيقة وقد وجد بعد يمينه فيحنث به كما لو فصله ولأن ما يحنث به إذا فصله يحنث به إذا وصله كالكثير . وقولهم : ان اليمين يقتضي خطابا مستأنفا قلنا : وهذا الخطاب مستأنف غير الاول بدليل أنه لو قطعه

حنث به وقياس المذهب أنه لا يحنث ، لأن قرينة صلته هذا الكلام بيمينه تدل على إرادة كلام يستأنفه بعد انقضاء هذا الكلام المتصل فلا يحنث به كما لو وجدت النية حقيقة ، وان نوى كلاما غير هذا لم يحنث بهذا فى المذهبين .

(فصل) وإن صلى بالمحلوف عليه إماما ثم سلم من الصلاة لم يحنث نص عليه أحمد ، وبه قال أبو حنيفة ، وقال أصحاب الشافعى : يحنث لأنه شرع له أن ينوى السلام على الحاضرين .

ولنا أنه قول مشروع فى الصلاة فلم يحنث به كتكبيرها وليست نية الحاضرين بسلامه واجبة فى السلام وان ارتج عليه فى الصلاة ففتح عليه الحالف لم يحنث لأن ذلك كلام الله وليس بكلام الآدميين .

(فصل) وان حلف لا يتكلم فقرأ لم يحنث ، وبه قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ان قرأ فى الصلاة لم يحنث وان قرأ خارجا منها حنث لانه يتكلم بكلام الله ، وان ذكر الله تعالى لم يحنث ومقتضى مذهب أبى حنيفه أنه يحنث لانه كلام قال الله تعالى (وألزمهم كلمة التقوى) وقال النبى صلى الله عليه وسلم « أفضل الكلام أربع : سبحان الله والحمد لله ولا إله إلا الله والله أكبر » وقال « كلمتان خفيفتان على اللسان ثقيلتان فى الميزان حبيبتان إلى الرحمن سبحان الله وبحمده وسبحان الله العظيم »

ولنا أن الكلام فى العرف لا يطلق الا على كلام الآدميين ولهذا لما قال النبى صلى الله عليه وسلم « إن الله يحدث من أمره مايشاء ، وأنه قد أحدث أن لا تكلموا فى الصلاة » لم يتناول المختلف فيه وقال زيد بن أرقم كنا نتكلم فى الصلاة حتى نزلت (وقوموا لله قانتين) فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام ، وقال الله تعالى (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا ، واذكر ربك كثيراً وسبح بالعشى والابكار) فأمره بالتسبيح مع قطع الكلام عنه : ولان مالا يحنث به فى الصلاة لا يحنث به خارجا منها كالاشارة ، وماذكروه يبطل بالقراءة والتسبيح فى الصلاة وذكر الله المشروع فيها وان استأذن عليه إنسان فقال (ادخلوها بسلام آمنين) يقصد القرآن لم يحنث وإلا حنث .

(فصل) وان حلف لا يتكلم ثلاث ليال أو ثلاثة أيام لم يكن له أن يتكلم فى الايام التى بين الليالى ولا فى الليالى التى بين الايام إلا أن ينوى لان الله تعالى

قال (آيتك أن لا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا) وفى موضع آخر (ثلاث ليال سويا) فكان كل واحد من اللفظين عبارة عن الزمانين جميعا وقال الله تعالى (وواعدنا موسى ثلاثين ليلة وأتممناها بعشر) فدخل فيه الليل والنهار.

(فصل) ومن حلف أن لا يتكفل بمال فكفل ببدن إنسان فقال أصحابنا يحنث لان المال يلزمه بكفالته إذا تعذر تسليم المكفول به والقياس أنه لا يحنث لأنه لم يكفل بمال وإنما يلزمه المال بتعذر إحضار المكفول به وأما قبل ذلك فلا يلزمه ولأن هذا لا يسمى كفالة بالمال ولا يصح نفيها عنه فيقال ما تكفل بمال وإنما تكفل بالبدن وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي.

(فصل) وإن حلف لا يستخدم عبدا فخدمه وهو ساكت لم يأمره ولم ينهه فقال القاضي إن كان عبده حنث وإن كان عبد غيره لم يحنث وهذا قول أبي حنيفة لأن عبده يخدمه عبادة بحكم استحقاقه ذلك عليه فيكون معنى يمينه لا منعتك خدمتي فإذا لم ينهه لم يمنعه فيحنث وعبد غيره بخلافه.

وقال أبو الخطاب يحنث فى الحالين لأن إقراره على الخدمة استخدام ولهذا يقال فلان يستخدم عبده اذا خدمه وان لم يأمره ولأن ما حنث به فى عبده حنث به فى غيره كسائر الأشياء، وقال الشافعي : لا يحنث فى الحالين لأنه حلف على فعل نفسه ولا يحنث بفعل غيره كسائر الأفعال.

(فصل) واذا حلف رجل بالله لا يفعل شيئا فقال له آخر يميني فى يمينك لم يلزمه شيء لأن يمين الأول ليست ظرفا ليمين الثاني وان نوى أنه يلزمني من اليمين مايلزمك لم يلزمه حكمها قاله القاضي وهو مذهب الشافعي لأن اليمين بالله لا تنعقد بالكناية لأن تعلق الكفارة بها لحرمة اللفظ باسم الله المحترم أو صفة من صفاته ولا يوجد ذلك فى الكناية.

وان حلف بطلاق فقال آخر يميني فى يمينك ينوى أنه يلزمني من اليمين مايلزمك انعقدت يمينه نص عليه أحمد وسئل عن رجل حلف بالطلاق لا يكلم رجلا فقال رجل وأنا على مثل يمينك فقال عليه مثل ما قال الذى حلف لان الكناية تدخل فى الطلاق وكذلك يمين العتاق والظهار وان لم ينو شيئا لم تنعقد يمينه لان الكناية لا تعمل بغير نية وليس هذا بصريح وان كان المقول له لم يحلف بعد وانما أراد أنه

يلزمه ما يلزم الآخر من يمين يحلف بها لحلف المقول له لم تنعقد يمين القائل، وإن كان فى الطلاق والعتق لأنه لا بد ان يكون هناك ما يكنى عنه وليس ههنا ما يكنى عنه .

وذكر القاضى فى موضع آخر فيمن قال أيمان البيعة تلزمنى أنه ان عرفها ونوى جميع ما فيها انعقدت يمينه بجميع ما فيها وهذا خلاف ماقاله فى هذه المسألة فيكون فيها وجهان .

{ فصل }

فإن قال أيمان البيعة تلزمنى فقال أبو عبد الله بن بطة كنت عند أبى القاسم الخرقى وقد سأله رجل عن أيمان البيعة فقال لست أفتى فيها بشىء ولا رأيت أحداً من شيوخنا يفتى فى هذه اليمين قال وكان أبى رحمه الله يعنى أبا على يهاب الكلام فيها ثم قال أبو القاسم : الا أن يلتزم الحالف بها جميع ما فيها من الأيمان فقال له السائل عرفها أو لم يعرفها ؟ فقال نعم وأيمان البيعة هى التى رتبها الحجاج ويستحلف بها عند البيعة والامر المهم للسلطان وكانت البيعة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه الراشدين بالمصافحة فلما ولى الحجاج رتبها أيمانا تشتمل على اليمين بالله والطلاق والعتاق وصدقة المال فمن لم يعرفها لم تنعقد يمينه بشىء مما فيها لأن هذا ليس بصريح فى القسم والكناية لا تصح الا بالنية ومن لم يعرف شيئا لم يصح أن ينويه وإن عرفها ولم ينو عقد اليمين بما فيها لم يصح أيضا لما ذكرناه ومن عرفها ونوى اليمين بما فيها صح فى الطلاق والعتاق لأن اليمين بها تنعقد بالكناية وما عدا ذلك من اليمين بالله وما عدا الطلاق والعتاق فقال القاضى ههنا تنعقد يمينه ايضاً لانها يمين فتنعقد بالكناية المنويه كيمين الطلاق والعتاق ، وقال فى موضع آخر لا تنعقد اليمين بالله بالكناية وهو مذهب الشافعى لأن الكفارة وجبت فيها لما ذكر فيها من اسم الله العظيم المحترم ولا يوجد ذلك فى الكنايه والله أعلم .

كتاب النذور

الأصل في النذر الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب : فقول الله تعالى « يوفون بالنذر — وقال — وليوفوا نذورهم » ، وأما السنة فروت عائشة قالت قال رسول الله (ص) « من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه » وعن عمران بن حصين عن النبي « ص » أنه قال « خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يجيء قوم ينذورن ولا يفون ويخونون ولا يؤتمنون ويشهدون ولا يستشهدون ، ويظهر فيهم السمن » رواهما البخاري وأجمع المسلمون على صحة النذر في الجملة ولزوم الوفاء به .

(فصل) ولا يستحب ، لان ابن عمر روى عن النبي «ص» أنه نهى عن النذر وأنه قال « لا يأتى بخير وإنما يستخرج به من البخيل » متفق عليه وهذا نهى كراهة لا نهى تحريم لانه لو كان حراما لما مدح الموفين به لان ذنبهم في ارتكاب المحرم أشد من طاعتهم في وفائه ، ولأن النذر لو كان مستحبا لفعله النبي صلى الله عليه وسلم وأفاضل أصحابه .

« مسأله » قال (ومن نذر ان يطيع الله عز وجل لزمه الوفاء به ومن نذر أن يعصيه لم يعصه وكفر كفارة يمين)

ونذر الطاعة الصلاة والصيام والحج والعمرة والعتق والصدقة والاعتكاف والجهاد وما في هذه المعاني سواء نذره مطلقا بأن يقول : لله على أن أفعل كذا وكذا او علقه بصفة مثل قوله : إن شفاني الله من علتي او شفي فلانا او سلم مالي الغائب او ما كان في هذا المعنى فأدرك ما امل بلوغه من ذلك فعليه الوفاء به ، ونذر المعصية ان يقول لله على ان اشرب الخمر او اقتل النفس المحرمة وما اشبهه فلا يفعل ذلك ويكفر كفارة يمين ، وإذا قال : لله على ان اركب دابتي او اسكن داري او ألبس احسن ثيابي وما اشبه لم يكن هذا نذر طاعة ولا معصية فإن لم يفعله كفر كفارة يمين لان النذر كاليمين وإذا نذر ان يطلق زوجته استحب له ان لا يطلقها ويكفر كفارة يمين وجملته ان النذر سبعة اقسام .

أحدها : نذر اللجاج والغضب وهو الذى يخرجه مخرج اليمين للحث على فعل شيء أو المنع منه غير قاصد به النذر ولا القربة ، فهذا حكمه حكم اليمين وقد ذكرناه فى باب الأيمان .

القسم الثانى : نذر طاعة وتبرر . مثل الذى ذكر الخرقى ، فهذا يلزم الوفاء به للآيتين والخبرين وهو ثلاثة أنواع .

أحدها : التزام طاعة فى مقابلة نعمة استجلبها أو نقمة استدفعها ، كقوله إن شفانى الله فلله على صوم شهر ، فتكون الطاعة الملتزمة مما له أصل فى الوجوب بالشرع كالصوم والصلاة والصدقة والحج فهذا يلزم الوفاء به بإجماع أهل العلم

النوع الثانى : التزام طاعة من غير شرط ، كقوله ابتداء لله على صوم شهر فيلزمه الوفاء به فى قول أكثر أهل العلم ، وهو قول أهل العراق وظاهر مذهب الشافعى . وقال بعض أصحابه لا يلزم الوفاء به لأن أبا عمر غلام ثعلب قال : النذر عند العرب وعد بشرط ، ولأن ما التزمه الآدمى بعوض يلزمه بالعقد كالمبيع والمستأجر وماالتزمه بغير عوض لا يلزمه بمجرد العقد كالهبة

النوع الثالث : نذر طاعة لا أصل لها فى الوجوب كالاعتكاف وعيادة المريض فيلزم الوفاء به ، لأن النذر فرع على المشروع ، فلا يجب به مالا يجب له نظير بأصل الشرع .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « من نذر ان يطيع الله فليطعه » وذمه الذين ينذرون ولا يوفون وقول الله تعالى (ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن ولنكونن من الصالحين ، فلما آتاهم من فضله بخلوا به وتولوا وهم معرضون . فأعقبهم نفاقا فى قلوبهم إلى يوم يلقونه بما أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون)

وقد صح أن عمر قال للنبى صلى الله عليه وسلم : إنى نذرت أن أعتكف ليلة فى المسجد الحرام ؟ فقال له النبى صلى الله عليه وسلم « أوف بنذرك » ولأنه ألزم نفسه قربة على وجه التبرر فتلزمه كموضع الإجماع ، وكما لو ألزم نفسه أضحية أو أوجب هدياً وكالاعتكاف وكالعمرة فإنهم قد سلموها وليست واجبة عندهم وما

ذكروه يبطل بهذين الأصلين ، وما حكوه عن أبي عمر لا يصح فإن العرب تسمى الملتزم نذراً وإن لم يكن بشرط . قال جميل :

فليت رجالا فيك قد نذروا دمى   وهموا بقتلى يابثين لقونى

والجعالة وعد بشرط وليست بنذر

القسم الثالث : النذر المبهم وهو ان يقول لله على نذر ، فهذا تجب به الكفارة فى قول أكثر اهل العلم ، وروى ذلك عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعائشة وبه قال الحسن وعطاء وطاوس والقاسم وسالم والشعبي والنخعى وعكرمة وسعيد ابن جبير ومالك والثورى ومحمد بن الحسن ، ولا أعلم فيه مخالفا إلا الشافعى قال لا ينعقد نذره ولا كفارة فيه لأن من النذر مالا كفارة فيه

ولنا ما روى عقبة بن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « كفارة النـــذر اذا لم يسمه كفارة اليمين » رواه الترمذى وقال هذا حديث حسن صحيح غريب ؛ ولأنه نص ، وهذا قول من سمينا من الصحابة والتابعين ولا نعرف لهم فى عصرهم مخالفا فيكون إجماعا .

القسم الرابع : نذر المعصية فلا يحل الوفاء به اجماعا ، ولأن النبي (ص) قال « من نذر ان يعصى الله فلا يعصه » ولأن معصية الله لا تحل فى حال ويجب على الناذر كفارة يمين . روى نحو هذا عن ابن مسعود وابن عباس وجابر وعمران ابن حصين وسمرة بن جندب وبه قال الثورى وأبو حنيفة وأصحابه . وروى عن احمد ما يدل على انه لا كفارة عليه فإنه قال فيمن نذر ليهدمن دار غيره لبنة لبنة لا كفارة عليه وهذا فى معناه

وروى هذا عن مسروق والشعبي وهو مذهب مالك والشافعى لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نذر فى معصية الله ولا فيما لا يملك العبد » رواه مسلم . وقال « ليس على الرجل نذر فيما لا يملك » متفق عليه وقال « لا نذر الا ما ابتغى به وجه الله » رواه ابو داود . وقال « من نذر ان يعصى الله فلا يعصه » ولم يأمر بكفارة . ولما نذرت المرأة التى كانت مع الكفار فنجت على ناقة رسول الله (ص) أن تنحرها قالت يا رسول الله : انى نذرت ان أنجانى الله عليها ان انحرها ؟ قال « بئس ما جزيتها لا نذر فى معصية الله ولا فيما لا يملك العبد » رواه مسلم ، ولم

يأمرها بكفارة ، وقال لأبي إسرائيل حين نذر أن يقوم في الشمس ولا يقعد ولا يستظل ولا يتكلم «مروه فليتكلم وليجلس وليستظل وليتم صومه» رواه البخاري ولم يأمره بكفارة لأن النذر التزام الطاعة وهذا التزام معصية ، ولأنه نذر غير منعقد فلم يوجب شيئا كاليمين غير المنعقدة .

ووجه الأول ما روت عائشة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين » رواه الإمام أحمد في مسنده وأبو داود في سننه وقال الترمذي هو حديث غريب

وعن أبي هريرة وعمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله . روى الجوزجاني بإسناده عن عمران بن حصين قال « سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : النذر نذران فما كان من نذر في طاعة الله فذلك لله وفيه الوفاء ، وما كان من نذر في معصية الله فلا وفاء فيه ويكفره ما يكفر اليمين » وهذا نص ، ولأن النذر يمين بدليل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « النذر حلفة » وقال النبي صلى الله عليه وسلم لأخت عقبة لما نذرت المشي الى بيت الله الحرام فلم تطقه « تكفر يمينها » صحيح أخرجه أبو داود وفي رواية « ولتصم ثلاثه أيام » قال أحمد اليه أذهب

وقال ابن عباس في التي نذرت ذبح ابنها كفري يمينك ولو حلف على فعل معصية لزمته الكفارة فكذلك إذا نذرها

فأما أحاديثهم فمعناها لا وفاء بالنذر في معصية الله . وهذا لا خلاف فيه ، وقد جاء مصرحا به هكذا في رواية مسلم ، ويدل على هذا أيضا أن في سياق الحديث « ولا يمين في قطيعة رحم » يعني لا يبر فيها ولو لم يبين الكفارة في أحاديثهم فقد بينها في أحاديثنا فإن فعل ما نذره من المعصية فلا كفارة عليه كما لو حلف ليفعلن معصية ففعلها ، ويحتمل أن تلزمه الكفارة حتما لأن النبي (ص) عين فيه الكفارة ونهى عن فعل المعصية .

القسم الخامس : المباح كلبس الثوب وركوب الدابة وطلاق المرأة على وجه مباح فهذا يتخير الناذر فيه بين فعله فيبر بذلك لما روى أن امرأة أتت النبي (ص) فقالت إني نذرت أن أضرب على رأسك بالدف ، فقال رسول الله (ص)

« أوف بنذرك » رواه أبو داود ، ولأنه لو حلف على فعل مباح بر بفعله فكذلك إذا نذره لأن النذر كاليمين وإن شاء تركه وعليه كفارة يمين ، ويتخرج أن لا كفارة فيه ، فإن أصحابنا قالوا فيمن نذر أن يعتكف أو يصلي في مسجد معين كان له أن يصلي ويعتكف في غيره ولا كفارة . ومن نذر أن يتصـــدق بماله كله أجزأته الصدقة بثلثه بلا كفارة وهذا مثله

وقال مالك والشافعي : لا ينعقد نذره لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا نذر الا فيما ابتغى به وجه الله » وقد روى ابن عبـــاس قال « بينا النبي صلى الله عليه وسلم يخطب إذ هو برجل قائم ، فسأل عنه فقالوا : أبو اسرائيل نذر أن يقوم في الشمس ولا يستظل ولا يتكلم ويصوم ، فقال النبي صلى الله عليه وســـلم : مروه فليستظل وليجلس وليتكلم وليتم صومه » رواه البخاري

وعن أنس قال « نذرت امرأة أن تمشي الى بيت الله الحرام ، فسئل نبي الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : ان الله لغني عن مشيها مروها فلتركب » قال الترمذي هذا حديث صحيح ولم يأمر بكفارة . وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى رجلا يهادى بين اثنين فسأل عنه فقالوا نذر أن يحج ماشيا . فقال ان الله لغني عن تعذيب هذا نفسه مروه فليركب » متفق عليه ، ولم يأمره بكفارة ، ولأنه نذر غير موجب لفعل ما نذره فلم يوجب كفارة كنذر المستحيل

ولنا ما تقدم في القسم الذي قبله ، فأما حديث التي نذرت المشي فقد أمر فيه بالكفارة في حديث آخر ، وروى عقبة بن عامر « أن أخته نذرت أن تمشي الى بيت الله الحرام فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : مروها فلتركب ولتكفر عن يمينها » صحيح أخرجه أبو داود ، وهذه زيادة يجب الأخذ بها ، ويجوز أن يكون الراوي للحديث روى البعض وترك البعض ، أو يكون النبي (ص) ترك ذكر الكفارة في بعض الحديث إحالة على ما علم من حديثه في موضع آخر .

ومن هذا القسم اذا نذر فعل مكروه كطلاق امرأته فإنه مكروه بدليل قول النبي (ص) « أبغض الحلال الى الله الطلاق » فالمستحب أن لا يفي ويكفر ، فإن وفى بنذره فلا كفارة عليه والخلاف فيه كالذي قبله

القسم السادس : نذر الواجب كالصلاة المكتوبة فقال أصحابنا لا ينعقد نذره وهو قول أصحاب الشافعى لأن النذر التزام ولا يصح التزام ما هو لازم له ويحتمل أن ينعقد نذره موجبا كفارة يمين إن تركه كما لو حلف على فعله فإن النذر كاليمين وقد سماه النبى صلى الله عليه وسلم يميناً ، وكذلك لو نذر معصية أو مباحا لم يلزمه ويكفر إذا لم يفعله .

القسم السابع : نذر المستحيل كصوم أمس فهذا لا ينعقد ولا يوجب شيئا لأنه لا يتصور انعقاده ولا الوفاء به ولو حلف على فعله لم تلزمه كفارة فالنذر أولى وعقد الباب فى صحيح المذهب أن النذر كاليمين وموجبه موجبها الا فى لزوم الوفاء به إذا كان قربة وأمكنه فعله ، ودليل هذا الأصل قول النبى صلى الله عليه وسلم لأخت عقبة لما نذرت المشى فلم تطقه « ولتكفر يمينها » وفى رواية « فلتصم ثلاثة أيام » قال أحمد اليه أذهب ، وعن عقبة « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال . كفارة النذر كفارة اليمين » أخرجه مسلم ، وقول ابن عباس للتى نذرت ذبح ولدها كفرى يمينك ولأنه قد ثبت أن حكمه حكم اليمين فى أحد أقسامه وهو نذر اللجاج فكذلك سائره فى سوى ما استثناه الشرع .

(فصــل)

وان نذر فعل طاعة وما ليس بطاعة لزمه فعل الطاعة كما فى خبر أبى إسرائيل فإن النبى صلى الله عليه وسلم أمره باتمام الصوم وترك ما سواه لكونه ليس بطاعة وفى وجوب الكفارة لما تركه الاختلاف الذى ذكرناه .

وقد روى عقبة بن عامر قال نذرت أختى أن تمشى الى بيت الله الحرام حافية غير مختمرة فذكر ذلك عقبة لرسول الله (ص) فقال « مر أختك فلتركب ولتختمر ولتصم ثلاثة أيام » رواه الجوزجانى والترمذى فإن كان المتروك خصالا كثيرة أجزأته كفارة واحدة لأنه نذر واحد فتكون كفارته واحدة كاليمين الواحدة على أفعال ولهذا لم يأمر النبى صلى الله عليه وسلم أخت عقبة بن عامر فى ترك التحفى والاختمار بأكثر من كفارة .

« مسألة » قال (ومن نذر أن يتصدق بماله كله أجزأه أن يتصدق بثلثه كما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لأبي لبابة حين قال ان من توبتي يارسول الله أن أنخلع من مالي فقال رسول الله (ص) يجزئك الثلث)

وجملة ذلك أن من نذر أن يتصدق بماله كله أجزأه ثلثه ، وبهذا قال الزهري ومالك ، وروى الحسين بن إسحاق الخرقي عن أحمد قال : سألته عن رجل قال جميع ما أملك في المساكين صدقة قال كفارته كفارة يمين قال : وسئل عن رجل قال ما يرث عن فلان فهو للمساكين فذكروا أنه قال يطعم عشرة مساكين .

وقال ربيعة : يتصدق منه بقدر الزكاة ، لأن المطلق محمول على معهود الشرع ولا يجب في الشرع إلا قدر الزكاة .

وعن جابر بن زيد . قال : ان كان كثيراً وهو ألفان تصدق بعشرة ، وان كان متوسطا وهو ألف تصدق بسبعة وإن كان قليلا وهو خمسمائة تصدق بخمسة وقال أبو حنيفة : يتصدق بالمال الزكوي كله وعنه في غيره روايتان .

إحـــداهما : يتصدق به . والثانية . لا يلزمه منه شيء ، وقال النخعي والبتي والشافعي يتصدق بماله كله لقول النبي (ص) « من نذر أن يطيع الله فليطعه » ولأنه نذر طاعة فلزمه الوفاء به كنذر الصلاة والصيام .

ولنا قول النبي (ص) لأبي لبابة حين قال إن من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة الى الله والى رسوله فقال « يجزئك الثلث » .

وعن كعب بن مالك قال : قلت يا رسول الله ان من توبتي أن أنخلع من مالي صدقة الى الله وإلى رسوله فقال رسول الله (ص) « أمسك عليك بعض مالك » متفق عليه ولأبي داود « يجزيء عنك الثلث » .

فإن قالوا هذا ليس بنذر وإنما أراد الصدقة بجميعه فأمره النبي (ص) بالاقتصار على ثلثه كما أمر سعدا حين أراد الوصية بجميع ماله بالاقتصار على الوصية بثلثه وليس هذا محل النزاع إنما النزاع فيمن نذر الصدقة بجميعه . قلنا عنه جوابان أحدهما . أن قوله « يجزيء عنك الثلث » دليل على أنه أتى بلفظ يقتضي

الإيجاب لأنها إنما تستعمل غالبا فى الواجبات ولو كان مخيراً بارادة الصدقة لما لزمه شيء يجزىء عنه بعضه .

الثاني : ان منعه من الصدقة بزيادة على الثلث دليل على أنه ليس بقربة لأن النبي (ص) لا يمنع أصحابه من القرب، ونذر ماليس بقربة لا يلزم الوفاء به وماقاله أبو حنيفة فقد سبق الكلام عليه وما قاله ربيعة لا يصح فإن هذا ليس بزكاة ولا فى معناها فإن الصدقة وجبت لإغناء الفقراء ومواساتهم وهذه صدقة تبرع بها صاحبها تقربا الى الله تعالى ثم إن المحمول على معهود الشرع المطلق وهذه صدقة معينة غـــير مطلقة ثم تبطل بما لو نذر صياما فإنه لا يحمل على صوم رمضان ، وكذلك الصلاة وما ذكره جابر بن زيد تحكم بغير دليل .

(فصل) وإذا نذر الصدقة بمعين من ماله أو بمقدر كألف فروى عن أحمد أنه يجوز ثلثه لأنه مال نذر الصدقة به فأجزأه ثلثه كجميع المال ، والصحيح فى المذهب لزوم الصدقة بجميعه لأنه منذور وهو قربة فيلزمه الوفاء به كسائر المنذورات ولعموم قوله تعالى (يوفون بالنذر) وإنما خوالف هذا فى جميع المال الأثر فيه ولما فى الصدقة بجميع المال من الضرر اللاحق به اللهم إلا أن يكون المنذور ههنا يستغرق جميع المال فيكون كنذر ذلك ، ويحتمل أنه ان كان المنذور ثلث المال فما دون لزمه وفاء نذره وان زاد على الثلث لزمه الصدقة بقدر الثلث منه لانه حكم يعتبر فيه الثلث فأشبه الوصية به .

(فصل) وإذا نذر الصدقة بقدر من المال فأبرأ غريمه من قدره يقصد به وفاء النذر لم يجزئه ، وان كان الغريم من أهل الصدقة .

قال أحمد : لا يجزئه حتى يقبضه وذلك لأن الصدقة تقتضي التمليك وهذا إسقاط فلم يجزئه كما فى الزكاة .

وقال أحمد : فيمن نذر أن يتصدق بمال وفى نفسه أنه ألف ـ أجزأه أن يخرج ما شاء وذلك لأن اسم المال يقع على القليل وما نواه زيادة على ما تناوله الاسم والنذر لا يلزم بالنية والقياس أن يلزمه ما نواه لانه نوى بكلامه ما يحتمله فتعلق الحكم به كاليمين ، وقد نص أحمد فيمن نوى صوما أو صلاة وفى نفسه أكثر مما يتناوله لفظه أنه يلزمه ذلك وهذا كذلك والله أعلم .

« مسألة » قال (ومن نذر أن يصوم وهو شيخ كبير لا يطيق الصيام كفر كفارة يمين وأطعم لكل يوم مسكينا)

وجملته أن من نذر طاعة لا يطيقها أو كان قادراً عليها فعجز عنها فعليه كفارة يمين لما روى عقبة بن عامر قال « نذرت أختي ان تمشي إلى بيت الله حافية فأمرتني ان أستفتي لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستفتيته فقال : لتمش ولتركب » متفق عليه ولأبي داود « وتكفر يمينها » وللترمذي « ولتصم ثلاثة أيام » وعن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نذر في معصية الله وكفارته كفارة يمين» قال « ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين » رواه أبو داود وقال وقفه من رواه على ابن عباس .

وقال ابن عباس من نذر نذراً لم يسمه فكفارته كفارة يمين ومن نذر نذراً في معصية فكفارته كفارة يمين ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين ومن نذر نذراً يطيقه فليف لله بما نذر فإذا كفر وكان المنذور غير الصيام لم يلزمه شيء آخر وان كان صياما فعن أحمد روايتان .

إحداهما: يلزمه لكل يوم إطعام مسكين. قال القاضي : وهذا أصح لأنه صوم وجد سبب إيجابه عينا فإذا عجز عنه لزمه ان يطعم عن كل يوم مسكينا كصيام رمضان ولأن المطلق من كلام الآدميين يحمل على المعهود شرعا ، ولو عجز عن الصوم المشروع أطعم عن كل يوم مسكينا وكذلك إذا عجز عن الصوم المنذور .

والثانية : لا يلزمه شيء آخر من إطعام ولا غيره لقوله عليه السلام « ومن نذر نذراً لا يطيقه فكفارته كفارة يمين » وهذا يقتضي ان تكون كفارة اليمين جميع كفارته ولأنه نذر عجز عن الوفاء به فكان الواجب فيه كفارة يمين كسائر النذور ولأن موجب النذر موجب اليمين إلا مع امكان الوفاء به اذا كان قربة ولا يصح قياسه على صوم رمضان لوجهين .

أحدهما : أن رمضان يطعم عنه عند العجز بالموت فكذلك في الحياة وهذا بخلافه ولأن صوم رمضان آكد بدليل وجوب الكفارة بالجماع فيه وعظم اثم من أفطر بغير عذر .

والثانى أن قياس المنذورعلى المنذور أولى من قياسه على المفروض بأصل الشرع ولأن هذا قد وجبت فيه كفارة فأجزأت عنه بخلاف المشروع ، وقولهم إن المطلق من كلام الآدمى محمول على المعهود فى الشرع ، قلنا ليس هذا بمطلق وإنما هو منذور معين ، ويتخرج أن لاتلزمه كفارة فى العجز عنه كما فى العجز الواجب بأصل الشرع

(فصـــل)

وإن عجز لعارض يرجى زواله من مرض أو نحوه انتظر زواله ولا تلزمه كفارة ولا غيرها لأنه لم يفت الوقت فيشبه المريض فى شهر رمضان ، فإن استمر عجزه الى أن صار غير مرجو الزوال صار الى الكفارة والفدية على ما ذكرنا من الخلاف فيه ، فإن كان العجز المرجو الزوال عن صوم معين فات وقته انتظر الإمكان ليقضيه ، وهل تلزمه لفوات الوقت كفارة ؟ على روايتين . ذكرهما أبو الخطاب . إحداهما تجب الكفارة لأنه أخل بما نذره على وجهه فلزمته الكفارة كما لو نذر المشى الى بيت الله الحرام فعجز ولان النذر كاليمين ، ولو حلف ليصومن هذا الشهر فأفطره لعذر لزمته كفارة . كذا ههنا

والثانية لاتلزمه لانه أتى بصيام أجزأه عن نذره من غير تفريط منه فلم تلزمه كفارة يمين كما لو صام ما عينه .

(فصـــل) وان نذر غير الصيام فعجز عنه كالصلاة ونحوها فليس عليه الا الكفارة لأن الشرع لم يجعل لذلك بدلا يصار اليه فوجبت الكفارة لمخالفته نذره فقط ، وان عجز عنه لعارض فحكمه حكم الصيام سواء فيما فصلناه .

« مسألة » قال ﴿ واذا نذر صياماً ولم يذكر عدداً ولم ينوه فأقل ذلك صيام يوم وأقل الصلاة ركعتان ﴾

أما اذا نذر صياماً مطلقا فأقل ذلك يقوم صيام يوم لا خلاف فيه لانه ليس فى الشرع صوم مفرد أقل من يوم فيلزمه لانه اليقين وأما الصلاة ففيها روايتان . احداهما : يجزئه ركعة ، نقلها اسماعيل بن سعيد ، لأن أقل الصلاة ركعة فإن الوتر صلاة مشروعة وهى ركعة واحدة وروى عن عمر رضى الله عنه أنه تطوع بركعة واحدة .

والثانية : لا يجزئه الا ركعتان ، وبه قال أبو حنيفه لان أقل صلاة وجبت بالشرع ركعتان فوجب حمل النذر عليه وأما الوتر فهو نفل والنذر فرض فحمله على المفروض أولى ، ولان الركعة لا تجزىء فى الفرض فلا تجزىء فى النفل كالسجدة وللشافعى قولان كالروايتين . فأما ان عين بنذره عدداً لزمه قل أو كثر لان النذر ثابت بقوله . وكذلك عدده فإن نوى عدداً فهو كما لو سماه لانه نوى بلفظه ما يحتمله فلزمه حكمه كاليمين .

« مسألة » قال ﴿ واذا نذر المشى الى بيت الله الحرام لم يجزئه الا أن يمشى فى حج أو عمرة فإن عجز عن المشى ركب وكفر كفارة يمين ﴾

وجملته أن من نذر المشى الى بيت الله الحرام لزمه الوفاء بنذره ، وبهذا قال مالك والاوزاعى والشافعى وابو عبيد ، وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافا ، وذلك لأن النبى (ص) قال « لا تشد الرحال الا الى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام . ومسجدى هذا ، والمسجد الاقصى » ولا يجزئه المشى الا فى حج أو عمرة ، وبه يقول الشافعى ولا أعلم فيه خلافا ، وذلك لان المشى المعهود فى الشرع هو المشى فى حج أو عمرة ، فإذا أطلق الناذر حمل على المعهود الشرعى ويلزمه المشى فيه لنذره فإن عجز عن المشى ركب وعليه كفارة يمين .

وعن أحمد رواية أخرى انه يلزمه دم ، وهو قول للشافعى وأفتى به عطاء لما روى ابن عباس « أن أخت عقبة بن عامر نذرت المشى الى بيت الله الحرام فأمرها النبى (ص) أن تركب وتهدى هديا » رواه ابو داود وفيه ضعف ، ولانه أخل بواجب فى الاحرام فلزمه هدى كتارك الإحرام من الميقات

وعن ابن عمر وابن الزبير قالا : يحج من قابل ويركب ما مشى ويمشى ما ركب ، ونحوه قال ابن عباس وزاد فقال : ويهدى . وعن الحسن مثل الاقوال الثلاثة وعن النخعى روايتان .

احداهما : كقول ابن عمر . والثانية كقول ابن عباس ، وهذا قول مالك وقال أبو حنيفة : عليه هدى سواء عجز عن المشى أو قدر عليه وأقل الهدى شاة ،

وقال الشافعي : لا تلزمه مع العجز كفارة بحال الا أن يكون النذر مشيا إلى بيت الله فهل يلزمه هدى ؟ فيه قولان . وأما غيره فلا يلزمه مع العجز شيء .

ولنا قول النبي (ص) حين قال لأخت عقبة بن عامر لما نذرت المشي إلى بيت الله « لتمش ولتركب ولتكفر عن يمينها » وفي روايه « فلتصم ثلاثة أيام » وقول النبي صلى الله عليه وسلم « كفارة النذر كفارة اليمين » ولأن المشي مما لا يوجبه الإحرام فلم يجب الدم بتركه ، كما لو نذر صلاة ركعتين فتركهما ، وحديث الهدى ضعيف وهذا حجة على الشافعي حيث أوجب الكفارة عليها من غير ذكر العجز

فإن قيل فإن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب الكفارة عليها من غير ذكر العجز . قلنا يتعين حمله على حالة العجز ، لان المشي قربة ، لأنه مشي إلى عبادة والمشي الى العبادة أفضل . ولهذا روى أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يركب في عيد ولا جنازة فلو كانت قادرة على المشي لأمرها به ولم يأمرها بالركوب والتكفير ولان المشي المقدور عليه لا يخلو من أن يكون واجبا أو مباحا ، فإن كان واجبا لزم الوفاء به ، وان كان مباحا لم تجب الكفارة بتركه عند الشافعي ، وقد أوجب الكفارة ههنا ، وترك ذكره في الحديث إما لعلم النبي صلى الله عليه بحالها وعجزها واما لان الظاهر من حال المرأة العجز عن المشي الى مكة ، أو يكون قد ذكر في الخبر فترك الراوى ذكره

وقول أصحاب ابي حنيفة انه أخل بواجب في الحج . قلنا : المشي لم يوجبه الإحرام ولا هو من مناسكه فلم يجب بتركه هدى ، كما لو نذر صلاة ركعتين في الحج فلم يصلهما .

فاما ان ترك المشي مع امكانه فقد أساء وعليه كفارة أيضا لتركه صفة النذر . وقياس المذهب ان يلزمه استئناف الحج ماشيا لتركه صفة المنذور ، كما لو نذر صوما متتابعا فأتى به متفرقا . وان عجز عن المشي بعد الحج كفر وأجزأه ، وان مشى بعض الطريق وركب بعضا ، فعلى هذا القياس يحتمل أن يكون كقول ابن عمر ، وهو أن يحج فيمشي ما ركب ويركب ما مشى ، ويحتمل أن لا يجزئه الا حج يمشي في جميعه لان ظاهر النذر يقتضي هذا .

ووجه القول الاول انه لا يلزمه بترك المشي المقدور عليه أكثر من كفارة لان

المشي غير مقصود في الحج ولا ورد الشرع باعتباره في موضع فلم يلزم بتركه أكثر من كفارة ، كما لو نذر التحفي وشبهه ، وفارق التتابع في الصيام فإنها صفة مقصودة فيه اعتبرها الشرع في صيام الكفارات كفارة الظهار والجماع واليمين

(فصل) فإن نذر الحج راكبا لزمه الحج كذلك لان فيه انفاقا في الحج ، فإن ترك الركوب فعليه كفارة ، وقال أصحاب الشافعي يلزمه دم لترفهه بترك الانفاق وقد تبينا أن الواجب بترك النذر الكفارة دون الهدى ، الا أن هذا اذا مشى ولم يركب مع امكانه لم يلزمه أكثر من كفارة ، لأن الركوب في نفسه ليس بطاعة ولا قربه ، وكل موضع نذر المشي فيه أو الركوب فإنه يلزمه الاتيان بذلك من دويرة أهله الا أن ينوي موضعا بعينه فيلزمه من ذلك الموضع لان النذر محمول على أصله في الفرض والحج المفروض بأصل الشرع يجب كذلك ، ويحرم للمنذور من حيث يحرم للواجب ، قال بعض الشافعية : يجب الاحرام من دويرة أهله ، لان اتمام الحج كذلك

ولنا أن المطلق محمول على المعهود في الشرع ، والاحرام الواجب انما هو من الميقات ويلزمه المنذور من المشي أو الركوب في الحج أو العمرة الى ان يتحلل لان ذلك انقضاء الحج والعمرة .

قال أحمد : يركب في الحج اذا رمى وفي العمرة اذا سعى ، لانه لو وطيء بعد ذلك لم يفسد حجا ولا عمرة ، وهذا يدل على انه انما يلزمه في الحج التحلل الاول

(فصل) واذا نذر المشي الى بيت الله أو الركوب اليه ولم يرد بذلك حقيقة المشي والركوب انما أراد اتيانه لزمه اتيانه في حج أو عمرة ولم يتعين عليه مشي ولا ركوب لأنه عنى ذلك بنذره وهو محتمل له فأشبه ما لو صرح به ؛ ولو نذر أن يأتي بيت الله الحرام أو يذهب اليه لزمه اتيانه في حج أو عمرة . وعن ابي حنيفة لا يلزمه شيء لان مجرد اتيانه ليس بقربة ولا طاعة

ولنا أنه علق نذره بوصول البيت فلزمه كما لو قال . لله على المشي الى الكعبة اذا ثبت هذا فهو مخير في المشي والركوب ، وكذلك اذا نذر ان يحج البيت أو يزوره لان الحج يحصل بكل واحد من الامرين فلم يتعين أحدهما ، وان قال : لله علي أن آتي البيت الحرام غير حاج ولا معتمر لزمه الحج والعمرة وسقط شرطه

وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لأن قوله : لله علي أن آتي البيت يقتضي حجا أو عمرة وشرط سقوط ذلك يناقض نذره فسقط حكمه .

(فصل) إذا نذر المشي الى البلد الحرام أو بقعة منه كالصفا والمروة وأبي قبيس او موضع في الحرم لزمه الحج او عمرة نص عليه أحمد وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا يلزمه إلا أن ينذر المشي الى الكعبة او الى مكة . وقال أبو يوسف ومحمد ان نذر المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام كقولنا وفي باقي الصور كقول أبي حنيفة .

ولنا : أنه نذر المشي الى موضع من الحرم أشبه النذر الى مكة . فأما ان نذر المشي الى غير الحرم كعرفة ومواقيت الاحرام وغير ذلك لم يلزمه ذلك ويكون كنذر المباح وكذلك ان نذر اتيان مسجد سوى المساجد الثلاثة لم يلزمه اتيانه وان نذر الصلاة فيه لزمه الصلاة دون المشي ففي أي موضع صلى أجزأه لان الصلاة لا تخص مكانا دون مكان فلزمته الصلاة دون الموضع ولا نعلم في هذا خلافا الا عن الليث فانه قال لو نذر صلاة او صياما بموضع لزمه فعله في ذلك الموضع ومن نذر المشي الى مسجد مشى اليه .

وقال الطحاوي ولم يوافقه على ذلك أحد من الفقهاء وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا تشد الرحال الا الى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدي هذا والمسجد الاقصى » متفق عليه ، ولو لزمه المشي الى مسجد بعيد لشد الرحل اليه ولان العبادة لا تختص بمكان دون مكان فلا يكون فعلها فيما نذر فعلها فيه قربة فلا تلزمه بنذره وفارق ما لو نذر العبادة في يوم بعينه لزمه فعلها فيه لان الله تعالى عين لعبادته زمنا ووقتا معينا ولم يعين لها مكانا وموضعا والنذور مردودة الى أصولها في الشرع فتعينت بالزمان دون المكان .

(فصل) وان نذر المشي الى بيت الله تعالى ولم ينو به شيئا ولم يعينه انصرف الى بيت الله الحرام لانه المخصوص بالقصد دون غيره واطلاق بيت الله ينصرف اليه دون غيره في العرف فينصرف اليه اطلاق النذر .

(فصـــل) وان نذر المشي الى مسجد النبي صلى الله عليه وسلم او المسجد الاقصى لزمه ذلك وبهذا قال مالك والأوزاعي وأبو عبيد وابن المنذر وهو أحد

قولى الشافعى ، وقال فى الاخر لا يبين لى وجوب المشى اليهما لأن البر باتيان بيت الله فرض والبر باتيان هذين نفل .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم «لا تشد الرحال إلا إلى ثلاثة مساجد : المسجد الحرام ، ومسجدى هذا والمسجد الأقصى » ولانه أحد المساجد الثلاثة فيلزم المشى اليه بالنذر كالمسجد الحرام ولا يلزم ما ذكره لان كل قربة تجب بالنذر ، وان لم يكن لها أصل فى الوجوب كعيادة المريض وشهود الجنائز ويلزمه بهذا النذر أن يصلى فى الموضع الذى أتاه ركعتين لان القصد بالنذر القربة والطاعة وإنما تحصيل ذلك بالصلاة فتضمن ذلك نذره كما يلزم ناذر المشى الى بيت الله الحرام أحد النسكين ونذر الصلاة فى أحد المسجدين كنذر المشى اليه كما أن نذر أحد النسكين فى المسجد الحرام كنذر المشى اليه .

وقال أبو حنيفة : لا تتعين عليه الصلاة فى موضع بالنذر سواء كان فى المسجد الحرام أو غيره لان مالا أصل له فى الشرع لا يجب بالنذر بدليل نذر الصلاة فى سائر المساجد .

ولنا ما روى أن عمر قال « يارسول الله إنى نذرت أن أعتكف ليلة فى المسجد الحرام ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أوف بنذرك » متفق عليه ولان الصلاة فيها أفضل من غيرها بدليل قول النبى صلى الله عليه وسلم « صلاة فى مسجدى هذا خير من ألف صلاة فيما سواه إلا المسجد الحرام » متفق عليه ، وروى عنه صلى الله عليه وسلم « صلاة فى المسجد الحرام بمائة ألف صلاة » وإذا كان فضيلة وقربة لزم بالنذر كما لو نذر طول القراءة وما ذكروه يبطل بالعمرة فإنها تلزم بنذرها وهى غير واجبة عندهم .

(فصل) وإذا نذر الصلاة فى المسجد الحرام لم تجزئه الصلاة فى غيره لأنه أفضل المساجد وخيرها وأكثرها ثوابا للمصلى فيها ، وان نذر الصلاة فى المسجد الاقصى أجزأته الصلاة فى المسجد الحرام لما روى جابر « أن رجلا قام يوم الفتح فقال يا رسول الله إنى نذرت ان فتح الله عليك أن أصلى فى بيت المقدس ركعتين قال : صل ههنا ، ثم أعاد عليه ، فقال : صل ههنا ، ثم أعاد عليه قال : صل ههنا ،

ثم عاد عليه فقال : شأنك ، رواه أبو داود ، ورواه الامام أحمد ولفظه ، والذى نفسي بيده لو صليت ههنا لأجزأ عنك كل صلاة فى بيت المقدس ، وان نذر إتيان المسجد الاقصى والصلاة فيه أجزأته الصلاة فيه وفى مسجد المدينه لأنه أفضل ، وان نذر ذلك فى مسجد المدينة لم يجزئه فعله فى المسجد الأقصى لأنه مفضول ، وقد سبق هذا فى باب الاعتكاف .

(فصـــل) وان أفسد الحج المنذور ماشيا وجب القضاء ماشيا لأن القضاء يكون على صفة الأداء . وكذلك إن فاته الحج لكن ان فاته الحج سقط توابع الوقوف من المبيت بمزدلفة ومنى والرمى وتحلل بعمرة ويمشى بالحج الفاسد ماشيا حتى يتحلل منه .

« مسألة » قال (وإذا نذر عتق رقبة فهى التى تجزىء عن الواجب إلا أن يكون نوى رقبة بعينها)

يعنى لا تجزئه الا رقبة مؤمنة سليمة من العيوب المضرة بالعمل وهى التى تجزىء فى الكفارة لان النذر المطلق يحمل على المعهود فى الشرع والواجب بأصل الشرع كذلك وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعى .

والوجه الآخر : يجزئه أى رقبة كانت صحيحة أو معيبة مسلمة أو كافرة لان الاسم يتناول جميع ذلك .

ولنا أن المطلق يحمل على معهود الشرع وهو الواجب فى الكفارة وما ذكروه يبطل بنذر المشى الى بيت الله الحرام فانه لا يحمل على ما تناوله الاسم ، فأما ان نوى رقبة بعينها أجزأه عتقها أى رقبة كانت لانه نوى بلفظه ما يحتمله ، وان نوى ما يقع عليه اسم الرقبة أجزأه ما نواه لما ذكرناه أن المطلق يتقيد بالنية كما يتقيد بالقرينة اللفظية .

قال أحمد : فيمن نذر عتق عبد بعينه فمات قبل أن يعتقه : تلزمه كفارة يمين ولا يلزمه عتق عبد لأن هذا شيء فاته على حديث عقبة بن عامر واليه أذهب فى الفائت وما عجز عنه .

(فصل) وإذا نذر هديا مطلقا لم يجزئه إلا ما يجزىء فى الاضحية ، وبه قال

أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه لأن المطلق يحمل على معهود الشرع وان عين الهدى بلفظه أو نيته أجزأه ما عينه صغيراً كان أو كبيراً ، جليلا كان أو حقيراً لأن ذلك يسمى هديا قال النبي صلى الله عليه وسلم « من راح في الساعة الخامسة فكأنما أهدى بيضة » وإنما صرفنا المطلق الى معهود الشرع لأنه غلب على الاسم كما لو نذر أن يصلي لزمته صلاة شرعية دون اللغوية .

وإن قال لله علي أن أهدي بدنة أو بقرة أو قال شاة لزمه أقل ما يجزئ من ذلك الجنس الذي عينه فإن نذر بدنة أجزأه ثنية من الإبل أو ثني فإن لم يجد من الإبل فبقرة فإن لم يجد فسبع من الغنم لأن النذر محمول على معهود الشرع وقد تقرر في الشرع أن البقرة تقوم مقام البدنة ، وكذلك سبع من الغنم ، فإن أراد إخراج البقرة أو الغنم مع القدرة على البدنة فقال القاضي : لا يجزئه وهو المنصوص عن الشافعي والذي يقتضيه مذهب الخرقي جواز ذلك لقوله ومن وجب عليه بدنة فذبح سبعا من الغنم أجزأه فإن نوى بنذره بدنة من الابل لم يجزئه غيرها مع وجودها وجها واحداً لأنها وجبت بايجابه بخلاف ما إذا أطلق فانها انصرفت الى الابل بمعهود الشرع ، ومعهود الشرع فيها أن تقوم البقرة مقامها ، فأما إن نواها من الابل أو غيره فمقتضى المذهب أنه لا يقوم غيرها مقامها كسائر المنذورات ، وكذلك ان صرح بها في نذره مثل أن يقول لله علي أن أهدي ناقة ، ويحتمل أن تقوم البقرة مقامها عند عدمها لانها تعينت هديا شرعياً والهدى الشرعي له بدل .

(فصل)

ومن نذر هديا لزمه ايصاله الى مساكين الحرم لأن اطلاق الهدى يقتضي ذلك قال الله تعالى (هديا بالغ الكعبة) فان عين شيئاً بنذره مثل أن يقول أهدي شاة أو ثوبا أو براً أو ذهباً فكان مما ينقل حمل الى الحرم ففرق في مساكينه ، وان كان مما لا ينقل نحو أن يقول : لله علي أن أهدي داري هذه أو أرضي أو شجرتي هذه بيعت وبعث بثمنها الى الحرم لانه لا يمكن اهداؤه بعينه فانصرف بذلك الى بدله .

وقد روى عن ابن عمر أن رجلا سأله في امرأة نذرت أن تهدي داراً فقال

تبيعها و تتصدق بثمنها على مساكين الحرم ، وكذلك لو كان المنذور مما ينقل لكن يشق نقله كخشبة ثقيلة فانه يبعها لانه أحظ للمساكين من نقلها وان كان مما لا كلفة فى نقله الا أنه لا يمكن تفريقه بنفسه و يحتاج الى البيع نظر الى الحظ للمساكين فى بيعه فى بلده أو نقله ليباع ثم ، وان استوى الامران بيع فى أى موضع شاء .

فصل

وان نذر ان يهدى الى غير مكة كالمدينة أو الثغور أو يذبح بها لزمه الذبح وايصال ما اهداه الى ذلك المكان وتفرقة الهدى ولحم الذبيحة على اهله الا أن يكون بذلك المكان مالا يجوز النذر له ككنيسة أو صنم أونحوه مما يعظمه الكفار أو غيرهم مما لا يجوز تعظيمه كشجرة أو قبر أو حجر أو عين ماء ونحو ذلك لما روى أبو داود قال نذر رجل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ينحر ابلا ببوانة فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي (ص) « هل كان بها وثن من اوثان الجاهلية يعبد ؟ - قالوا لا قال - هل كان فيها عيد من أعيادهم ؟ — قالوا لا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم — أوف بنذرك » ولانه ضمن نذره نفع فقراء ذلك البلد بايصال اللحم اليهم وهذه قربة فتلزمه كما لو نذر التصدق عليهم فان كان بها شيء مما ذكرنا لم يجز النذر لقول النبي (ص) « هل كان بها وثن أو عيد من أعياد الجاهلية؟» وهذا يدل على أنه لو كان بها ذلك لمنعه من الوفاء بنذره ولان فى هذا تعظيما لغير ما عظم الله يشبه تعظيم الكفار للاصنام فحرم كتعظيم الاصنام ولذلك لعن النبي صلى الله عليه وسلم المتخذات على القبور المساجد والسرج وقال « لعن الله اليهود اتخذوا قبور أنبيائهم مساجد» يحذر مثلما صنعوا وعلى هذا نذر الشمع والزيت وأشباهه للاماكن التى فيها القبور لا يصح .

(فصل) وان نذر الذبح بمكة فهو كنذر الهدى اليها لان مطلق النذر محمول على معهود الشرع ومعهود الشرع فى الذبح الواجب بها أن يفرق اللحم بها .

« مسألة » قال (واذا نذر صيام شهر من يوم يقدم فلان فقدم أول يوم من شهر رمضان أجزأه صيامه لرمضان ونذره)

ظاهر كلام الخرقى : أن نذر هذا منعقد لكن صيامه يجزىء عن النذر ورمضان

وهو قول أبي يوسف وهو قياس قول ابن عباس وعكرمة لانه نذر صوما فى وقت وقد صام فيه .

وقال القاضي ظاهر كلام الخرقي ان النذر غير منعقد لان نذره وافق زمنا يستحق صومه فلم ينعقد نذره كنذر صوم رمضان قال والصحيح عندي صحة النذر لانه نذر طاعه يمكن الوفاء به غالباً فانعقد كما لو وافق شعبان فعلى هذا يصوم رمضان ثم يقضي ويكفر وهذا اختيار أبي بكر ، ونقل جعفر بن محمد عن أحمد : ان عليه القضاء وقول الخرقي أجزأه صيامه لرمضان ونذره دليل على ان نذره انعقد عنده لولا ذلك لما كان صومه عن نذره ، وقد نقل أبو الخطاب عن أحمد فيمن نذر ان يحج وعليه حجة مفروضة فأحرم عن النذر وقعت عن المفروض ولا يجب عليه شيء آخر وهذا مثل قول الخرقي .

وروى عكرمه عن ابن عباس فى رجل نذر ان يحج ولم يكن حج الفريضة قال يجزىء لهما جميعاً ، وعن عكرمة أنه سئل عن ذلك فقال عكرمة يقضي حجته عن نذره وعن حجة الإسلام أرأيتم لو ان رجلا نذر ان يصلي أربع ركعات فصلى العصر أليس ذلك يجزئه من العصر والنذر ؟ قال فذكرت قولي لابن عبـــاس فقال : أصبت وأحسنت .

وقال ابن عمر وأنس وعروة يبدأ بحجة الاسلام ثم يحج لنذره ، وفائدة انعقاد نذره لزوم الكفارة بتركه وأنه لو لم ينوه لنذره لزمه قضاؤه وعلى هذا لو وافق نذره ببعض رمضان وبعض شهر آخر إما شعبان وإما شوال لزمه صوم ما خرج عن رمضان ويتمه من رمضان، ولو قال لله عليّ صوم رمضان فعلى قياس قول الخرقي يصح نذره ويجزئه صيامه عن الامرين وتلزمه الكفارة ان أخل به ، وعلى قول القاضي : لا ينعقد نذره وهو مذهب الشافعي لانه لا يصح صومه عن النذر فأشبه الليل .

ولنا : ان النذر يمين فينعقد فى الواجب موجبا للكفارة كاليمين بالله تعالى .

(فصل) ونقل عن أحمد فيمن نذر ان يحج العام وعليه حجة الاسلام روايتان إحداهما : تجزئه حجة الاسلام عنها وعن نذره نقلها أبو طالب .

والثانية : ينعقد نذره موجبا لحجة غير حجة الاسلام يبدأ بحجة الاسلام ثم

يقضي نذره نقلها ابن منصور ، لأنها عبادتان تجبان بسببين مختلفين ، فلم يسقط إحداهما بالأخرى كالو نذر حجتين . ووجه الأولى انه نذر عبادة فى وقت معين وقد أتى بها فيه فأشبه ما لو قال لله عليّ أن أصوم رمضان .

(فصل) فإن قال لله عليّ أن أصوم شهراً فنوى صيام شهر رمضان لنذره ورمضان لم يجزئه لأن شهر رمضان واجب بفرض الله تعالى ونذره يقتضي إيجاب شهر فيجب شهران بسببين ولا يجزىء أحدهما عن الآخر ، كالو نذر صوم شهرين وكما لو نذر أن يصلي ركعتين لم تجزئه صلاة الفجر عن نذره وعن صلاة الفجر .

« مسألة » قال ﴿ واذا نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فقدم يوم فطر أو أضحى لم يصمه وصام يوما مكانه وكفر كفارة يمين ﴾

وجملته أن من نذر أن يصوم يوم يقدم فلان فإن نذره صحيح ، وهو قول ابى حنيفة وأحد قولى الشافعي ، وقال فى الآخر لا يصح نذره ، لأنه لا يمكن صومه بعد وجود شرطه فلم يصح ، كما لو قال لله على أن أصوم اليوم الذى قبل اليوم الذى يقدم فيه .

ولنا أنه زمن صح فيه صوم التطوع فانعقد نذره لصومه كما لو أصبح صائما تطوعا قال لله على أن أصوم يومى . وقولهم لا يمكن صومه لا يصح فإنه قد يعلم اليوم الذى يقدم فيه قبل قدومه فينوى صومه من الليل لأنه قد يجب عليه مالا يمكنه كالصبي يبلغ فى أثناء يوم من رمضان ، أو الحائض تطهر فيه ، ولا نسلم ما قاسوا عليه إذا ثبتت صحته ولا يخلو من أقسام خمسة .

أحدها . أن يعلم قدومه من الليل فينوى صومه ويكون يوما يجوز فيه صوم النذر فيصح صومه ويجزئه لأنه وفى بنذره

الثانى : ان يقدم يوم فطر أو أضحى ، فاختلفت الرواية عن أحمد فى هذه المسألة ، فعنه لا يصومه ويقضي ويكفر ، نقله عن أحمد جماعة ، وهو قول أكثر أصحابنا ومذهب الحكم وحماد .

الرواية الثانية : يقضي ولا كفارة عليه وهو قول الحسن والأوزاعى وابى عبيد

وقتادة وابي ثور وأحد قولى الشافعي فإنه فاته الصوم الواجب بالنذر فلزمه قضاؤه كما لو تركه نسيانا ولم تلزمه كفارة ، لأن الشرع منعه من صومه فهو كالمكره .

وعن أحمد رواية ثالثة : إن صامه صح صومه ، وهو مذهب أبي حنيفة ، لأنه وفى بما نذر ، فأشبه ما لو نذر معصية ففعلها ويتخرج أن يكفر من غير قضاء لأنه وافق يوما صومه حرام فكان موجبه الكفارة ، كما لو نذرت المرأة صوم يوم حيضها ، ويتخرج أن لا يلزمه شيء من كفارة ولا قضاء بناء على من نذر المعصية ، وهذا قول مالك والشافعي في أحد قوليه بناء على نذر المعصية .

ووجه قول الخرقي . أن النذر ينعقد لانه نذر نذراً يمكن الوفاء به غالبا فكان منعقدا كما لو وافق غير يوم العيد ، ولا يجوز أن يصوم يوم العيد لان الشرع حرم صومه فأشبه زمن الحيض ، ولزمه القضاء لانه نذر منعقد وقد فاته الصيام بالعذر ولزمته الكفارة لفواته ، كما لو فاته بمرض ، وان وافق يوم حيض أو نفاس فهو كما لو وافق يوم فطر أو أضحى إلا انه لا يصومه بغير خلاف في المذهب ولا بين أهل العلم .

الثالث أن يقدم في يوم يصح صومه والناذر مفطر ففيه روايتان .

أحدهما : يلزمه القضاء والكفارة لانه نذر صوما نذرا صحيحا ولم يف به . فلزمه القضاء والكفارة كسائر المنذورات ، ويتخرج أن لا تلزمه كفارة ، وهو مذهب الشافعي لانه ترك المنذور لعذر .

والثانيه لا يلزمه شيء من قضاء ولا غيره ، وهو قول ابي يوسف وأصحاب الرأي وابن المنذر لأنه قدم في زمن لا يصح صومه فيه فلم يلزمه شيء كما لو قدم ليلا . الرابع قدم والناذر صائم فلا يخلو من ان يكون تطوعا أو فرضا ، فإن كان تطوعا فقال القاضي يصوم بقيته ويعقده عن نذره ويجزئه ولا قضاء ولا كفارة وهو قول ابي حنيفة لانه يمكن صوم يوم بعضه تطوع وبعضه واجب كما لو نذر في أثناء التطوع اتمام صوم ذلك اليوم وانما وجد سبب الوجوب في بعضه ، وذكر القاضي احتمالا آخر انه يلزمه القضاء والكفارة لانه صوم واجب فلم يصح بنية من النهار كقضاء رمضان ، وذكر ابو الخطاب هذين الاحتمالين روايتين ، وعند الشافعي عليه القضاء فقط كما لو قدم وهو مفطر ويتخرج لنا مثله ، وأما ان كان

الصوم واجبا فحكمه حكم المسألة التي قبل هذه وقد ذكرناه ، وإن قدم وهو ممسك لم ينو الصيام ولم يفعل ما يفطره فحكمه حكم الصائم تطوعا .

الخامس : أن يقدم ليلا فلا شيء عليه في قولهم جميعا ، لأنه لم يقدم في اليوم ولا في وقت يصح فيه الصيام .

(فصل) وإن قال لله على صوم يوم العيد فهذا نذر معصية على ناذره الكفارة لا غير نقلها حنبل عن أحمد ، وفيه رواية أخرى أن عليه القضاء مع الكفارة كالمسألة المذكورة والأولى هي الصحيحة قاله القاضي لأن هذا نذر معصية فلم يوجب قضاء كسائر المعاصي ، وفارق المسألة التي قبلها لأنه لم يقصد بنذره المعصية وإنما وقع اتفاقا وههنا تعمدها بالنذر فلم ينعقد نذره ويدخل في قوله عليه السلام « لا نذر في معصية » ويتخرج ألا يلزمه شيء بناء على نذر المعصية فيما تقدم ، وان نذرت المرأة صوم يوم حيضها ونفاسها فعليها الكفارة لا غير ، ولم أعلم عن أصحابنا في هذا خلافا

« مسألة » قال (وان وافق قدومه يوما من أيام التشريق صامه في إحدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله ، والرواية الأخرى لا يصومه ويصوم يوما مكانه ويكفر كفارة يمين)

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في صيام أيام التشريق عن الفرض وقد ذكرنا ذلك في الصيام ، فإن قلنا يصومها عن الفرض صامها ههنا وأجزأته ، وان قلنا لا يصومها فحكمه حكم من وافق يوم العيد وقد مضى .

(فصل) وإن قال لله على صوم يوم يقدم فلان أبداً أو قال لله على صوم يوم كل خميس أبداً لزمه ذلك في المستقبل ، فأما اليوم الذي يقدم فيه فقد مضى بيان حكمه ولا يدخل في نذره ذلك اليوم من شهر رمضان ، لأن رمضان لا يتصور انفكاكه عن دخول ذلك اليوم فيه ولا يمكنه صومه عن غير رمضان لأنه لا يقبل ذلك ، ويجيء على قول الخرقي أن يدخل في نذره ويجزئه صومه لرمضان ونذره وان وافق يوم عيد أو يوما من أيام التشريق أو يوم حيض ففيه من الاختلاف

ما قد مضى وان وجب عليه صوم شهرين عن كفارة الظهار أو نحوه صامهما عن الكفارة دون النذر لأنه متى نوى النذر فى ابتدائهما انقطع التتابع فلا يقدر على التكفير فحينئذ يقضى نذره ويكفر لانه ترك صوم النذر مع إمكانه لعذر ويفارق الايام التى دخلت فى رمضان فإنها لم تدخل فى نذره لعدم انفكاكه عنها، وههنا تنفك الايام عن دخول الكفارة فيها، ولا فرق بين كون نذره قبل وجوب الكفارة أو بعدها لأن الأيام التى فى رمضان لا يصح صومها عن نذره، وأيام الكفارة يصح صومها عن نذره، وإذا نواها عن نذره انقطع التتابع وأجزأت عن المنذور؛ وان فاته أيام كثيرة لزمته كفارة واحدة عن الجميع فإذا كفر ثم فاته شيء بعد ذلك لزمته كفارة ثانية نص عليه أحمد، فإنه قال فيمن نذر صيام أيام فرض، فإن كان قد كفر عن الاول ثم أفطر بعد ذلك كفر كفارة أخرى؛ وان لم يكن كفر عن الأول فكفارة واحدة ولا يكون مثل اليمين اذا حنث وكفر سقطت عنه ويتخرج أنه متى كفر مرة لم تلزمه كفارة أخرى لأن النذر كاليمين، ويشبه اليمين وإيجاب الكفارة فيه لذلك واليمين لا يوجب أكثر من كفارة فمتى كفرها لم يجب بها أخرى كذلك النذر، فعلى هذا متى فاته شيء فكفر عنه ثم فاته شيء آخر قضاه من غير كفارة لأن وجوب الكفارة الثانية لا نص فيه ولا إجماع ولا قياس ولا يمكن إيجابها بغير دليل.

(فصل) اذا نذر صوم سنة بعينها لم يدخل فى نذره رمضان لأنه لا يقبل غير صوم رمضان فأشبه الليل ولا يوما العيدين، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن صيامهما ولا يصح صومهما عن النذر فأشبها رمضان. وعن أحمد فيمن نذر صوم شوال يقضى يوم الفطر ويكفر، فعلى هذه الرواية يدخل فى نذره العيدان وأيام التشريق لانها أيام من جملة السنة والاول أصح، وفى أيام التشريق روايتان وان نذر صوم سنة مطلقة فهل يلزمه صوم سنة متتابعة أو لا؟ فيه روايتان.

إحداهما يلزمه لان السنة المطلقة تنصرف الى المتابعة فعلى هذه الرواية حكمها حكم المعينة فى أنه لا يدخل فيها العيدان ولا رمضان، وفى أيام التشريق روايتان

فإن ابتدأها من أول شهر أتم أحد عشر شهرا بالهلال الا شهر شوال فإنه يتمه بالعدد لانه لم يصم من أوله ، وان ابتـدأها من أثناء شهر أتم ذلك الشهر بالعدد والباقى بالهلال على ما ذكرنا .

والرواية الثانية لا تلزمه متابعة وهو مذهب الشافعى لان المتفرقة تسمى سنة فيتناولها نذره فيلزمه اثنا عشر شهرا بالاهلة ان شاء وان شاء صامها بالعدد وان ابتدأ الشهر من أثنائه أتمه ثلاثين يوما ، وإنما لزمه ههنا اثنا عشر شهرا لانه يمكن حمل النذر على سنة ليس فيها رمضان ولا الايام التى لا يجوز صيامها لحمل نذره على ماينعقد فيه النذر بخلاف ما اذا عين السنة وهذا كمن عين سلعة بالعقد فوجد بها عيبا لم يكن له إبدالها ، ولو وصفها ثم وجـدها معيبة ملك إبدالها ويتم شوال بالعدد لانه لم يبدأه من أوله ، وإن صام من ذى الحجة من أوله قضى أربعة أيام تاما كان أو ناقصا لأنه بدأه من أوله ، وقيل ان كان ناقصا قضى خمسـة ليكمله ثلاثين لانه لم يصم الشهر كله فأشبه شوال ، وان شرط التتابع صار حكمها حكم المعينة .

« مسألة » قال (ومن نذر أن يصوم شهرا متتابعا ولم يسمه فمرض فى بعضه فإذا عوفى بنى وكفر كفارة يمين ، وان أحب أتى بشهر متتابع ولا كفارة عليه ، وكذلك المرأة إذا نذرت صيام شهر متتابع وحاضت فيه)

وجملته ان من نذر صياما متتابعا غير معين ثم أفطر فيه لم يخل من حالين :

أحدهما ان يفطر لعذر من حيض او مرض ونحوهما فهذا مخير بين ان يبتدىء الصوم ولا شىء عليه لانه أتى بالمنذور على وجهه وبين ان يبنى على صيامه ويكفر لان الـكفارة تلزم لتركه المنذور وان كان عاجزا بدليل ان النبي (ص) أمر أخت عقبة بن عامر بالكفارة لعجزها عن المشى ، ولان النذر كاليمين ، ولو حلف ليصوم متتابعا ثم لم يأت به متتابعا لزمته الكفارة ، وانمـا جوز له البناء ههنا لأن الفطر لعذر لا يقطع التتابع حكما ، بدليل انه لو أفطر فى صيام الشهرين المتتابعين من عذر كان له البناء فإن كان العذر يبيح الفطر كالسفر ، فهل يقطع التتابع ؟ ففيه وجهان

أحدهما يقطعه لانه يفطر باختياره

والثانى لا يقطعه لانه عذر فى فطر رمضان فأشبه المرض

الثانى : أن يفطر لغير عذر فهذا يلزمه استئناف الصيام ولا كفارة عليه لأنه ترك التتابع المنذور لغير عذر مع إمكان الاتيان به فلزمه فعله كما لو نذر صوما معينا فصام قبله وبهذا الفصل قال الشافعى : الا فى الكفارة فانه لا يوجبها فى المنذور وقد ذكرنا دليل وجوبها .

فصل

إذا صام شهراً من أول الهلال أجزأه ناقصا كان أو تاما لأن ما بين الهلالين شهر ، ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم « إنما الشهر تسع وعشرون » وان بدأ من أثناء شهر لزمه شهر بالعدد ثلاثون يوما لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم فأكملوا ثلاثين » فإن صام شوال لزمه إكماله ثلاثين لأنه بدأ من أثنائه ، وان كان ناقصا قضى يومين ، وان كان تاما أتم يوما واحداً ، وان صام ذا الحجة أفطر يوم الأضحى وأيام التشريق ولم ينقطع تتابعه كما لو أفطرت المرأة بحيض وعليه كفارة ويقضى أربعة أيام ان كان تاما وخمسة ان كان ناقصا .

ويحتمل أن لا يلزمه الا الأربعة وان كان ناقصا لأنه بدأه من أوله فيقضى المتروك منه لا غير ، ولو صام شهراً من أول الهلال فرض فيه أياما معلومة أو حاضت المرأة فيه ثم طهرت قبل خروجه قضى ما أفطر منه بعدته ان كان الشهر تاما وان كان ناقصا فهل يلزمه الاتيان بيوم آخر ؟ على وجهين بناء على ما ذكرنا فى فطر العيد وأيام التشريق .

(فصل) ومن نذر صيام شهر فهو مخير بين أن يصوم شهرا بالهلال وهو أن يبتدئه من أوله فيجزئه وبين أن يصومه بالعدد ثلاثين يوما وهل يلزمه التتابع ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يلزمه وهو قول أبى ثور لان إطلاق الشهر يقتضى التتابع .

والثانى : لا يلزمه التتابع وهو قول الشافعى ومحمد بن الحسن لان الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى ثلاثين يوما ولا خلاف أنه يجزئه ثلاثون يوما فلم يلزمه التتابع كما لو نذر ثلاثين يوما ، فأما ان نذر ثلاثين يوما لم يلزمه التتابع فيها نص عليه أحمد .

وقد روى عن أحمد فيمن قال : لله علي صيام عشرة أيام يصومها متتابعة وهذا يدل على وجوب التتابع فى الايام المنذورة وحمل بعض أصحابنا كلام أحمد على من شرط التتابع أو نواه لأن لفظ العشرة لا يقتضى تتابعا والنذر لا يقتضيه مالم يكن فى لفظه أو نيته .

وقال بعضهم : كلام أحمد على ظاهره ويلزمه التتابع فى نذر العشرة دون الثلاثين لأن الثلاثين شهر فلو أراد التتابع لقال شهراً فعدوله الى العدد دليل على إرادة التفريق بخلاف العشرة والصحيح أنه يلزمه التتابع فإن عدم ما يدل على التفريق ليس بدليل على إرادة التتابع فإن الله تعالى قال فى قضاء رمضان (فعدة من أيام أخر) ولم يذكر تفريقها ولا تتابعها ولم يجب التتابع فيها بالاتفاق .

وقال بعض أصحابنا إن نذر اعتكاف أيام لزمه التتابع ولا يلزمه مثل ذلك فى الصيام لأن الاعتكاف يتصل بعضه ببعض من غير فصل والصوم يتخلله الليل فيفصل بعضه من بعض ولذلك لو نذر اعتكاف يومين متتابعين لدخل فيه الليل والصحيح التسوية لأن الواجب ما اقتضاه لفظه ولفظه لا يقتضى التتابع بدليل نذر الصوم وماذكروه من العرف لا أثر له ، ومن قال يلزمه التتابع لزمته الليالى التى بين أيام الاعتكاف كما لو قال متتابعة .

(فصـــل)

إذا نذر صيام أشهر متتابعة فابتدأها من أول شهر أجزأه صومها بالأهلة بلا خلاف وان ابتدأها من أثناء شهر كمله بالعدد وباقى الاشهر بالاهلة وهذا قول مالك والشافعى وأحد الروايتين عن أبى حنيفة ، والرواية الأخرى يكمل الجميع بالعدد ، وروى ذلك عن أحمد وقد تقدم توجيه الروايتين .

« مسألة » قال (ومن نذر أن يصوم شهراً بعينه فأفطر يوما بغير عذر ابتدأ شهراً وكفر كفارة يمين)

وجملته أنه إذا نذر صوم شهر معين فأفطر فى أثنائه لم يخل من حالين .
أحدهما : أفطر لغير عذر ففيه روايتان .
أحدهما : يقطع صومه ويلزمه استئنافه لانه صوم يجب متتابعاً بالنذر فأبطله

الفطر لغير عذر كما لو شرط التتابع وفارق رمضان فإن تتابعه بالشرع لا بالنذر وهمنا أوجبه على نفسه على صفة ثم فوتها فأشبه مالو شرطه متتابعا .

الثانية : لا يلزمه الاستئناف إلا أن يكون قد شرط التتابع وهذا قول الشافعي لأن وجوب التتابع ضرورة التعيين لا بالشرط فلم يبطله الفطر فى أثنائه كشهر رمضان ولان الاستئناف يجعل الصوم فى الوقت الذى لم يعينه والوفاء بنذره فى غير وقته وتفويت يوم واحد لا يوجب تفويت غيره من الايام فعلى هذا يكفر عن فطره ويقضى يوما مكانه بعد إتمام صومه وهذا أقيس ان شاء الله تعالى وعلى الرواية الأولى يلزمه الاستئناف عقيب اليوم الذى أفطر فيه ولا يجوز تأخيره لان باقى الشهر منذور ولا يجوز ترك الصوم فيه وتلزمه كفارة أيضاً لاخلاله بصوم هذا اليوم الذى أفطره .

الحال الثانى : أفطر لعذر فإنه يبنى على ما مضى من صيامه ويقضى ويكفر هذا قياس المذهب ، وقال أبو الخطاب فيه رواية اخرى انه لا كفارة عليه : وهذا مذهب مالك والشافعى وابى عبيد لأن المنذور محمول على المشروع ولو افطر رمضان لعذر لم يلزمه شيء .

ولنا انه فات ما نذره فلزمته كفارة لقول النبي صلى الله عليه وسلم لاخت عقبة بن عامر « ولتكفر يمينها » وفارق رمضان فإنه لو افطر لغير عذر لم تجب عليه كفارة إلا فى الجماع .

(فصل) فإن جن جميع الشهر المعين لم يلزمه قضاء ولا كفارة ، وقال ابو ثور يلزمه القضاء لانه من اهل التكليف حالة نذره وقضائه فلزمه القضاء كالمغمى عليه

ولنا انه ليس من اهل التكليف فى وقت الوجوب فلم يلزمه القضاء كما لو كان فى شهر رمضان وإن حاضت المرأة جميع الزمن المعين فعليها القضاء وفى الكفارة وجهان ، وقال الشافعى لا كفارة عليها وفى القضاء وجهان .

احدهما : لا يلزمها النذر لأن زمن الحيض لا يمكن الصوم فيه ولا يدخل فى النذر كزمن رمضان .

ولنا ان المنذور يحمل على المشروع ابتداء ولو حاضت فى شهر رمضان لزمها القضاء وكذلك المنذور .

(فصل) ولو قال : لله على الحج فى عامى هذا فلم يحج لعذر أو غيره فعليه القضاء والكفارة ، ويحتمل ألا كفارة عليه إذا كان معذوراً ، وقال الشافعى ان تعذر عليه الحج لعدم أحد الشرائط السبعة أو منعه منه سلطان أو عدو فلا قضاء عليه وان حدث به مرض أو أخطأ عدداً أو نسى أو توانى قضاه .

ولنا أنه فاته الحج المنذور فلزمه قضاؤه كما لو مرض ولأن المنذور محمول على المشروع ابتداء ولو فاته المشروع لزمه قضاؤه كذلك المنذور .

(فصل) ولو نذر صوم شهر بعينه أو الحج فى عام بعينه وفعل ذلك قبله لم يجزئه وقال أبو يوسف : يجزئه كما لو حلف ليقضينه حقه فى وقت فقضاه قبله .

ولنا أن المنذور محمول على المشروع ، ولو صام قبل رمضان لم يجزئه فكذلك إذا صام المنذور قبله ولأنه لم يأت بالمنذور فى وقته فلم يجزئه كما لو لم يفعله أصلا

« مسألة » قال (ومن نذر أن يصوم فمات قبل أن يأتى به صام عنه ورثته من أقاربه وكذلك كل ما كان من نذر طاعة)

يعنى من نذر حجاً أو صياما أو صدقة او عتقا او اعتكافا او صلاة او غيره من الطاعات ومات قبل فعله فعله الولى عنه ، وعن احمد فى الصلاة لا يصلى عن الميت لأنها لا بدل لها بحال ، واما سائر الأعمال فيجوز ان ينوب الولى عنه فيها وليس بواجب عليه ولكن يستحب له ذلك على سبيل الصلة له والمعروف وافتى بذلك ابن عباس فى إمرأة نذرت أن تمشى الى قباء فماتت ولم تقضه أن تمشى ابنتها عنها .

وروى سعيد عن سفيان عن عبد الكريم بن أبى أمية أنه سأل ابن عباس عن نذر كان على أمه من اعتكاف . قال صم عنها واعتكف عنها ، وقال حدثنا ابو الأحوص عن إبراهيم بن مهاجر عن عامر بن شعيب ان عائشة اعتكفت عن اخيها عبد الرحمن بعد ما مات ، وقال مالك : لا يمشى احد عن احد ولا يصلى ولا يصوم عنه وكذلك سائر اعمال البدن قياساً على الصلاة .

وقال الشافعى : يقضى عنه الحج ولا يقضى الصلاة قولا واحداً ولا يقضى الصوم فى احد القولين ويطعم عنه لكل يوم مسكين لأن ابن عمر قال : قال رسول الله

صلى الله عليه وسلم «من مات وعليه صيام شهر فليطعم عنه مكان كل يوم مسكين» أخرجه ابن ماجه .

وقال أهل الظاهر يجب القضاء على وليه بظاهر الاخبار الواردة فيه وجمهور أهل العلم على ان ذلك ليس بواجب على الولى إلا أن يكون حقا فى المال ويكون للميت تركة، وأمر النبي صلى الله عليه وسلم فى هذا محمول على الندب والاستحباب بدليل قرائن فى الخبر ، منها ان النبي صلى الله عليه وسلم شبهه بالدين وقضاء الدين على الميت لا يجب على الوارث ما لم يخلف تركة يقضى بها ومنها ان السائل سأل النبي صلى الله عليه وسلم هل يفعل ذلك أم لا؟ وجوابه يختلف باختلاف مقتضى سؤاله فإن كان مقتضاه السؤال عن الاباحة فالأمر فى جوابه يقتضى الاباحة وان كان السؤال عن الاجزاء فأمره يقتضى الاجزاء كقولهم أنصلى فى مرابض الغنم ؟ قال «صلوا فى مرابض الغنم» وان كان سؤالهم عن الوجوب فأمره يقتضى الوجوب كقولهم أنتوضأ من لحوم الابل ؟ قال : توضئوا من لحوم الابل، وسؤال السائل فى مسألتنا كان عن الاجزاء فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالفعل يقتضيه لا غير .

ولنا : على جواز الصيام عن الميت ما روت عائشة « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من مات وعليه صيام صام عنه وليه .

وعن ابن عباس قال « جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان أمى ماتت وعليها صوم شهر أفأصوم عنها؟ قال : أرأيت لو كان على أمك دين أكنت قاضيه ؟ - قال نعم - قال فدين الله أحق ان يقضى ، وفى رواية قال «جاءت امرأة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان أمى ماتت وعليها صوم أفأصوم عنها ؟ قال . أرأيت لو كان على أمك دين فقضيته أكان يؤدى ذلك عنها ؟ - قالت نعم - قال : فصومى عن أمك » متفق عليهن .

وعن ابن عباس ان سعد بن عبادة الأنصارى استفتى النبى صلى الله عليه وسلم فى نذر كان على أمه فتوفيت قبل ان تقضيه فأفتاه ان يقضيه فكانت سنة بعد، وعنه أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال إن أختى نذرت أن تحج وأنها ماتت فقال النبي صلى الله عليه وسلم «لو كان عليها دين أكنت قاضيه ؟ قال نعم - قال فاقض الله فهو أحق بالقضاء» رواهما البخارى وهذا صريح فى الصوم والحج ومطلق

فى النذر ، وما عدا المذكور فى الحديث يقاس عليه ، وحديث ابن عمر فى الصوم الواجب بأصل الشرع ويتعين حمله عليه جمعا بين الحديثين ، ولو قدر التعارض لكانت أحاديثنا أصح وأكثر وأولى بالتقديم .

إذا ثبت هذا فإن الأولى أن يقضى النذر عنه وارثه ، فإن قضاه غيره أجزأه عنه ، كما لو قضى عنه دينه ، فإن النبي صلى الله عليه وسلم شبهه بالدين وقاسه عليه ولأن مايقضيه الوارث إنما هو تبرع منه وغيره مثله فى التبرع ، وإن كان النذر فى مال تعلق بتركته .

(فصل) ومن نذر أن يطوف على أربع فعليه طوافان ، قال ذلك ابن عباس لما روى معاوية بن خديج الكندى انه قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه أمه كبشة بنت معدى كرب عمة الأشعث بن قيس ، فقالت يا رسول الله : إنى آليت أن أطوف بالبيت حبوا ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم « طوفى على رجليك سبعين ، سبعا عن يديك وسبعا عن رجليك » أخرجه الدارقطنى بإسناده .

وقال ابن عباس فى امرأة نذرت أن تطوف بالبيت على أربع : قال تطوف عن يديها سبعا وعن رجليها سبعا، رواه سعيد ، والقياس أن يلزمه طواف واحد على رجليه ولا يلزمه ذلك على يديه لأنه غير مشروع فيسقط ، كما أن أخت عقبة نذرت أن تحج غير مختمرة ، فأمرها النبي (ص) أن تحج وتختمر

وروى عكرمة أن النبي صلى الله عليه وسلم كان فى سفر فحانت منه نظرة فإذا امرأة ناشرة شعرها ، فقال «مروها فلتختمر » ومر برجلين مقترنين فقال « أطلقا قرانكما » وقد ذكرنا حديث ابى اسرائيل الذى نذر أن يصوم ويفعل أشياء فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بالصوم وحده ونهاه عن سائر نذوره . وهل تلزمه كفارة؟ يخرج فيه وجهان بناء على ما تقدم . وقياس المذهب لزوم الكفارة لإخلاله بصفة نذره وإن كان غير مشروع كما لو كان أصل النذر غير مشروع

وأما وجه الأول فلأن من نذر الطواف على أربع فقد نذر الطواف على يديه ورجليه فأقيم الطواف الثانى مقام طوافه على يديه

(فصل) فإن نذر صوم الدهر لزمه ولم يدخل فى نذره رمضان ولا أيام العيد والتشريق ، فإن أفطر لعـــذر أو غيره لم يقضه ، لأن الزمن مستغرق بالصوم المنـذور ولكن تلزمه كفارة لتركه . وان لزمه قضاء من رمضان أو كفارة قدمه على النذر لأنه واجب بأصل الشرع فقدم على ما أوجبه على نفسه ، كتقديم حجة الاسـلام على المنذورة ، فإذا لزمته كفارة لتركه صوم يوم أو أكثر وكانت كفارته الصيام احتمل أن لا يجب لأنه لا يمكن التكفير إلا بترك الصوم المنذور وتركه يوجب كفارة فيفضى ذلك الى التسلسـل وترك المنذور بالكلية ، ويحتمل أن تجب الكفارة ولا تجب بفعلها كفارة لان ترك النذر لعذر لا يوجب كفارة فلا يفضى الى التسلسل .

(فصـل) وصيغة النذر أن يقول : لله على أن أفعل كذا ، وان قال على نذر كذا لزمه أيضا لانه صرح بلفظ النذر ، وان قال : ان شفانى الله فعلى صوم شهر كان نذرا ، وان قال لله على المشى الى بيت الله ، قال ابن عمر فى الرجل يقول على المشى الى الكعبة لله ، قال هـذا نذر فليمش ، ونحوه عن القاسم بن محمد ويزيد بن ابراهيم التيمى ومالك وجماعة من العلماء ، واختلف فيه عن سعيد بن المسيب والقاسم بن محمد فروى عنهما مثل قولهم .

وروى عنهما فيمن قال : علىّ المشى الى بيت الله فليس بشىء الا أن يقول : علىّ نذر مشى الى بيت الله

ولنا أن لفظة (على) للايجاب على نفسه ، فإذا قال على المشى الى بيت الله فقد أوجبه على نفسه فلزمه كما لو قال : هو علىّ نذر والله أعلم

كتاب القضاء

الأصل فى القضاء ومشروعيته الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى « يا داود إنا جعلناك خليفة فى الارض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله) وقول الله تعالى (وأن احكم بينهم بما أنزل الله) وقوله (وإذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم) وقوله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما)

وأما السنة فما روى عمرو بن العاص عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « اذا اجتهد الحاكم فأصاب فله أجران ، وإذا اجتهد فاخطأ فله أجر » متفق عليه فى آى وأخبار سوى ذلك كثيرة ، وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاة والحكم بين الناس .

(فصل) والقضاء من فروض الكفايات لأن أمر الناس لا يستقيم بدونه فكان واجبا عليهم كالجهاد والامامة ، قال أحمد . لا بد للناس من حاكم أتذهب حقوق الناس ، وفيه فضل عظيم لمن قوى على القيام به وأداء الحق فيه ، ولذلك جعل الله فيه أجراً مع الخطأ واسقط عنه حكم الخطأ ، ولأن فيه أمراً بالمعروف ونصرة المظلوم وأداء الحق إلى مستحقه ورداً للظالم عن ظلمه وإصلاحا بين الناس وتخليصا لبعضهم من بعض : وذلك من أبواب القرب ولذلك تولاه النبى (ص) والأنبياء قبله فكانوا يحكمون لأممهم ، وبعث عليا الى اليمن قاضيا وبعث أيضا معاذا قاضيا ، وقد روى عن ابن مسعود انه قال : لأن أجلس قاضيا بين اثنين أحب الى من عبادة سبعين سنة .

وعن عقبة بن عامر قال : جاء خصمان يختصمان الى رسول الله (ص) فقال « اقض بينهما قلت أنت أولى بذلك ، قال وان كان قلت علام أقضى ؟ قال اقض فإن أصبت فلك عشرة أجور وان أخطأت فلك أجر واحد» رواه سعيد فى سننه

(فصل) وفيه خطر عظيم ووزر كبير لمن لم يؤد الحق فيه ولذلك كان السلف رحمة الله عليهم يمتنعون منه أشد الامتناع ويخشون على أنفسهم خطره

قال خاقان بن عبد الله أريد أبو قلابة على قضاء البصرة فهرب الى اليمامة فأريد على قضائها فهرب الى الشام فأريد على قضائها وقيل : ليس ههنا غيرك قال فانزلوا الأمر على ما قلتم فإنما مثلى مثل سابح وقع فى البحر فسبح يومه فانطلق ثم سبح اليوم الثانى فمضى أيضا فلما كان اليوم الثالث فترت يداه ، وكان يقال أعلم الناس بالقضاء أشدهم له كراهة ، ولعظم خطره قال النبي صلى الله عليه وسلم « من جعل قاضياً فقد ذبح بغير سكين » قال الترمذى هذا حديث حسن ، وقيل فى هذا الحديث إنه لم يخرج مخرج الذم للقضاء وإنما وصفه بالمشقة فكأن من وليه قد حمل على مشقة كمشقة الذبح .

فصل

والناس فى القضاء على ثلاثة أضرب . منهم : من لا يجوز له الدخول فيه وهو من لا يحسنه ولم تجتمع فيه شروطه فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « القضاة ثلاثة » ذكر منهم رجلا قضى بين الناس بجهل فهو فى النار ولأن من لا يحسنه لا يقدر على العدل فيه فيأخذ الحق من مستحقه فيدفعه إلى غيره . ومنهم : من يجوز له ولا يجب عليه وهو من كان من أهل العدالة والاجتهاد ويوجد غيره مثله فله أن يلى القضاء بحكم حاله وصلاحيته ولا يجب عليه لأنه لم يتعين له .

وظاهر كلام أحمد أنه لا يستحب له الدخول فيه لما فيه من الخطر والغرر وفى تركه من السلامة ولما ورد فيه من التشديد والذم . ولأن طريقة السلف الامتناع منه والتوقى وقد أراد عثمان رضى الله عنه تولية ابن عمر القضاء فأباه[1]

---

(١) فى رواية ذكرها رزين عن نافع أن ابن عمر قال لعثمان لا أقضى من رجلين قال : فان أباك كان يقضى فقال : إن أبى لو أشكل عليه شيء سأل رسول الله (ص) ، ولو أشكل على رسول الله صلى الله عليه وسلم سأل جبريل عليه السلام وأنى لا اجد من أسأله وسمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من عاذ بالله فقد عاذ بعظيم » وسمعته يقول « من عاذ بالله فأعيذوه وإنى أعوذ بالله أن تجعلنى قاضيا فأعفاه وقال : لا تخبر أحداً » ذكره فى جامع الأصول .

وقال أبو عبد الله بن حامد إن كان رجلا خاملا لا يرجع اليه فى الأحكام ولا يعرف فالأولى له توليه ليرجع اليه فى الاحكام ويقوم به الحق وينتفع به المسلمون ، وان كان مشهوراً فى النـاس بالعلم يرجع اليه فى تعليم العلم والفتوى فالأولى الاشتغال بذلك لما فيه من النفع مع الأمن من الغرر ونحو هذا قال أصحاب الشافعى . وقالوا أيضاً إذا كان ذا حاجة وله فى القضاء رزق فالأولى له الاشتغال به فيكون أولى من سـائر المكاسب لأنه قربة وطاعة ، وعلى كل حال فإنه يكره للانسان طلبه والسعى فى تحصيله لأن أنسا روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من ابتغى القضاء وسأل فيه شفعاء وكل الى نفسه ومن أكره عليه أنزل الله عليه ملكا يسدده » .

قال الترمذى هذا حديث حسن غريب ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم لعبدالرحمن ابن سمرة « يا عبد الرحمن لا تسأل الامارة فإنك إن أعطيتها عن مسأله وكلت اليها وان أعطيتها من غير مسأله أعنت عليها » متفق عليه .

الثالث : من يجب عليه وهو من يصلح للقضاء ولا يوجد سواه فهذا يتعين عليه لأنه فرض كفاية لا يقدر على القيام به غيره فيتعين عليه كغسل الميت وتكفينه

وقد نقل عن أحمد ما يدل على أنه لا يتعين عليه فإنه سئل هل يأثم القاضى إذا لم يوجد غيره ؟ قال لا يأثم فهذا يحتمل أنه يحمل على ظاهره فى أنه لا يجب عليه لما فيه من الخطر بنفسه فلا يلزمه الاضرار بنفسه لنفع غيره ولذلك امتنع أبو قلابة منه . وقد قيل له ليس غيرك .

ويحتمل أن يحمل على من لم يمكنه القيام بالواجب لظلم السلطان أو غيره فإن أحمد قال لا بد للناس من حاكم أتذهب حقوق الناس ؟

(فصل) ويجوز للقاضى أخذ الرزق ورخص فيه شريح وابن سيرين والشافعى وأكثر أهل العلم .

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه استعمل زيد بن ثابت على القضاء وفرض له رزقا ورزق شريحا فى كل شهر مائة درهم وبعث الى الكوفة عماراً وعثمان بن حنيف وابن مسعود ورزقهم كل يوم شاة نصفها لعمار ونصفها لابن مسعود وعثمان

وكان ابن مسعود قاضيهم ومعلمهم ، وكتب إلى معاذ بن جبل وأبي عبيدة حين بعثهما إلى الشام أن انظرا رجالا من صالحي من قبلكم فاستعملوهم على القضاء وأوسعوا عليهم وارزقوهم واكفوهم من مال الله .

وقال أبو الخطاب يجوز له أخذ الرزق مع الحاجة فأما مع عدمها فعلى وجهين وقال أحمد مايعجبنى أن يأخذ على القضاء أجرا وإن كان فبقدر شغله مثل والى اليتيم وكان ابن مسعود والحسن يكرهان الأجر على القضاء وكان مسروق وعبد الرحمن ابن القاسم بن عبد الرحمن لا يأخذان عليه أجراً وقالا لا نأخذ أجراً على أن نعدل بين اثنين .

وقال أصحاب الشافعى إن لم يكن متعينا جاز له أخذ الرزق عليه وان تعين لم يجز إلامع الحاجة ، والصحيح جواز أخذ الرزق عليه بكل حال لان أبا بكر رضى الله عنه لما ولى الخلافة فرضوا له الرزق كل يوم درهمين ولما ذكرناه من أن عمر رزق زيدا وشريحا وابن مسعود وأمر بفرض الرزق لمن تولى من القضاة ولأن بالناس حاجة إليه ولو لم يجز فرض الرزق لتعطل وضاعت الحقوق ، فأما الاستئجار عليه فلا يجوز قال عمر رضى الله عنه لاينبغى لقاضى المسلمين ان يأخذ على القضاء اجراً وهذا مذهب الشافعى ولا نعلم فيه خلافا وذلك لأنه قربة يختص فاعله ان يكون فى اهل القربة فأشبه الصلاة ولأنه لا يعمله الانسان عن غيره وإنما يقع عن نفسه فأشبه الصلاة ولأنه عمل غير معلوم فإن لم يكن للقاضى رزق فقال للخصمين لا اقضى بينكما حتى تجعلا لى رزقا عليه جاز ويحتمل ان لا يجوز .

(فصل) وإذا كان الامام فى بلد فعليه ان يبعث القضاة الى الامصار غير بلده فان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عليا قاضيا الى اليمن وبعث معاذ بن جبل الى اليمن ايضا وقال له « بم تحكم ؟ قال بكتاب الله تعالى : قال فان لم تجد : قال فبسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم : قال فان لم تجد قال اجتهد رأيي : قال الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم لما يرضى رسول الله صلى الله عليه وسلم » وبعث عمر شريحا على قضاء الكوفة وكعب بن سوار على قضاء البصرة وكتب الى أبي عبيدة ومعاذ يأمرهما بتولية القضاء فى الشام لان أهل كل بلد

يحتاجون إلى القاضي ولا يمكنهم المصير الى بلد الإمام ومن أمكنه ذلك شق عليه فوجب إغناؤهم عنه .

(فصل) وإذا أراد الامام تولية قاض فان كان له خبرة بالناس ويعرف من يصلح للقضاء ولاه ، وان لم يعرف ذلك سأل أهل المعرفة بالناس واسترشدهم على من يصلح وان ذكر له رجل لا يعرفه أحضره وسأله وان عرف عدالته والا بحث عن عدالته فاذا عرفها ولاه ويكتب له عهداً يأمره فيه بتقوى الله والتثبت في القضاء ومشاورة أهل العلم وتصفح أحوال الشهود وتأمل الشهادات وتعاهد اليتامى وحفظ أموالهم وأموال الوقوف وغير ذلك مما يحتاج الى مراعاته ثم ان كان البلد الذي ولاه قضاءه بعيداً لا يستفيض اليه الخبر بما يكون في بلد الامام أحضر شاهدين عدلين وقرأ عليهما العهد اوأقرأه غيره بحضرته وأشهدهما على توليته ليمضيا معه الى بلد ولايته فيقيما له الشهادة ويقول لهما اشهدا على أني قد وليته قضاء البلد الفلاني وتقدمت اليه بما اشتمل هذا العهد عليه ، وان كان البلد قريبا من بلد الامام يستفيض اليه مايجرى في بلد الامام مثل أن يكون بينهما خمسة أيام أومادونها جاز ان يكتفي بالاستفاضة دون الشهادة لأن الولاية تثبت بالاستفاضة وبهذا قال الشافعي الا أن عنده في ثبوت الولاية بالاستفاضة في البلد القريب وجهين .

وقال أصحاب أبي حنيفة تثبت بالاستفاضة ، ولم يفصلوا بين القريب والبعيد لأن النبي صلى الله عليه وسلم ولى عليا ومعاذا قضاء اليمن وهو بعيد من غير شهادة وولى الولاة في البلدان البعيدة وفوض اليهم الولاية والقضاء ولم يشهد ، وكذلك خلفاؤه ولم ينقل منهم الاشهاد على تولية القضاء مع بعد بلدانهم

ولنا ان القضاء لا يثبت الا بأحد الامرين وقد تعذرت الاستفاضة في البلد البعيد لعدم وصولها اليه فتعين الاشهاد ، ولا نسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يشهد على توليته فإن الظاهر انه لم يبعث واليا الا ومعه جماعة فالظاهر انه أشهدهم وعدم نقله لا يلزم منه عدم فعله وقد قام دليله فتعين وجوده

« مسألة » قال ابو القاسم رحمه الله تعالى (ولا يولى قاض حتى يكون بالغا عاقلا مسلما حرا عدلا عالما فقيها ورعاً)

وجملته أنه يشترط فى القاضى ثلاثة شروط : أحدها الكمال ، وهو نوعان كمال الأحكام وكمال الخلقة ، أما كمال الأحكام فيعتبر فى أربعة أشياء : أن يكون بالغا عاقلا حراً ذكراً .

وحكى عن ابن جرير أنه لا تشترط الذكورية ، لأن المرأة يجوز أن تكون مفتية فيجوز أن تكون قاضية ، وقال أبو حنيفة : يجوز أن تكون قاضية فى غير الحدود لأنه يجوز ان تكون شاهدة فيه .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « ما أفلح قوم ولوا أمرهم امرأة » ولأن القاضى يحضره محافل الخصوم والرجال ، ويحتاج فيه إلى كمال الرأى وتمام العقل والفطنة . والمرأة ناقصة العقل قليلة الرأى ليست أهلا للحضور فى محافل الرجال ولا تقبل شهادتها ، ولو كان معها ألف امرأة مثلها ما لم يكن معهن رجل وقد نبه الله تعالى على ضلالهن ونسيانهن بقوله تعالى (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى) ولا تصلح للامامة العظمى ولا لتولية البلدان ، ولهذا لم يول النبى صلى الله عليه وسلم ولا أحد من خلفائه ولا من بعدهم امرأة قضاء ولا ولاية بلد فيما بلغنا ، ولو جاز ذلك لم يخل منه جميع الزمان غالبا .

وأما كمال الخلقة فأن يكون متكلما سميعا بصيراً ، لأن الأخرس لا يمكنه النطق بالحكم ولا يفهم جميع الناس اشارته ، والاصم لا يسمع قول الخصمين والاعمى لا يعرف المدعى من المدعى عليه ، والمقر من المقر له ، والشاهد من المشهود له . وقال بعض أصحاب الشافعى : يجوز أن يكون أعمى لأن شعيبا كان أعمى ، ولهم فى الاخرس الذى تفهم إشارته وجهان .

ولنا أن هذه الحواس تؤثر فى الشهادة فيمنع فقدها ولاية القضاء كالسمع وهـــذا لان منصب الشهادة دون منصب القضاء والشاهد يشهد فى أشياء يسيرة يحتاج اليه فيها وربما أحاط بحقيقة علمها والقاضى ولايته عامة ويحكم فى قضايا الناس عامة ، فإذا لم يقبل منه الشهادة فالقضاء أولى ، وما ذكروه عن شعيب فلم نسلم فيه فإنه لم يثبت انه كان أعمى ، ولو ثبت فيه ذلك فلا يلزم ههنا ، فإن شعيبا عليه

السلام كان من آمن معه من الناس قليلا ، وربما لايحتاجون الى حكم بينهم لقلتهم وتناصفهم فلا يكون حجة فى مسألتنا .

الشرط الثانى : العدالة فلا يجوز تولية فاسق ولا من فيه نقص يمنع الشهادة وسنذكر ذلك فى الشهادة إن شاء الله تعالى وحكى عن الاصم انه قال يجوز أن يكون القاضى فاسقا لما روى عن النبى (ص) أنه قال « سيكون بعدى أمراء يؤخرون الصلاة عن أوقاتها فصلوها لوقتها واجعلوا صلاتكم معهم سبحة »

ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) فأمر بالتبين عند قول الفاسق ، ولا يجوز ان يكون الحاكم ممن لا يقبل قوله ويجب التبين عند حكمه ، ولان الفاسق لا يجوز ان يكون شاهدا فلئلا يكون قاضيا أولى فاما الخبر فأخبر بوقوع كونهم أمراء لا بمشروعيته والنزاع فى صحة توليته لا فى وجودها .

الشرط الثالث : أن يكون من اهل الاجتهاد ، وبهذا قال مالك والشافعى وبعض الحنفية ، وقال بعضهم: يجوز ان يكون عاميا فيحكم بالتقليد لأن الغرض منه فصل الخصائم فاذا امكنه ذلك بالتقليد جاز كما يحكم بقول المقومين .

ولنا قول الله تعالى (وأن احكم بينهم بما انزل الله) ولم يقل بالتقليد ، وقال (لتحكم بين الناس بما اراك الله) وقال (فان تنازعتم فى شيء فردوه الى الله والرسول) وروى بريدة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال « القضاة ثلاثة اثنان فى النار وواحد فى الجنة : رجل علم الحق فقضى به فهو فى الجنة ، ورجل قضى للناس على جهل فهو فى النار ، ورجل جار فى الحكم فهو فى النار » رواه ابن ماجه والعامى يقضى على جهل ، ولان الحكم آكد من الفتيا لانه فتيا والزام ثم المفتى لا يجوز ان يكون عاميا مقلدا فالحكم أولى

فان قيل فالمفتى يجوز ان يخبر بما سمع . قلنا نعم الا انه لا يكون مفتيا فى تلك الحال وانما هو مخبر فيحتاج ان يخبر عن رجل بعينه من اهل الاجتهاد فيكون معمولا بخبره لا بفتياه ، ويخالف قول المقومين لان ذلك لا يمكن الحاكم معرفته بنفسه بخلاف الحكم

اذا ثبت هذا فمن شرط الاجتهاد معرفة ستة أشياء : الكتاب والسنة والاجماع

والاختلاف والقياس ولسان العرب . أما الكتاب فيحتاج أن يعرف منه عشرة أشياء : الخاص والعام والمطلق والمقيد والمحكم والمتشابه والمجمل والمفسر والناسخ والمنسوخ فى الآيات المتعلقة بالأحكام وذلك نحو خمسمائة ولا يلزمه معرفة سائر القرآن . فأما السنة فيحتاج الى معرفة ما يتعلق منها بالاحكام دون سائر الأخبار من ذكر الجنة والنار والرقائق . ويحتاج أن يعرف منها ما يعرف من الكتاب ويزيد معرفة التواتر والآحاد ، والمرسل والمتصل والمسند والمنقطع ، والصحيح والضعيف ، ويحتاج الى معرفة ما أجمع عليه وما اختلف فيه ، ومعرفة القياس وشروطه وأنواعه وكيفية استنباطه الأحكام ومعرفة لسان العرب فيما يتعلق بما ذكرنا ليتعرف به استنباط الاحكام من أصناف علوم الكتاب والسنة، وقد نص أحمد على اشتراط ذلك للفتيا . والحكم فى معناه

فإن قيل هذه شروط لا تجتمع فكيف يجوز اشتراطها ؟ قلنا ليس من شرطه أن يكون محيطا بهذه العلوم إحاطة تجمع أقصاها ، وإنما يحتاج إلى أن يعرف من ذلك ما يتعلق بالأحكام من الكتاب والسنة ولسان العرب ، ولا أن يحيط بجميع الاخبار الواردة فى هذا فقد كان أبو بكر الصديق وعمر بن الخطاب خليفتا رسول الله صلى الله عليه وسلم ووزيراه وخير الناس بعده فى حال إمامتهما يسألان عن الحكم فلا يعرفان ما فيه من السنة يسألا الناس فيخبرا ، فسئل أبو بكر عن ميراث الجدة فقال مالك فى كتاب الله شيء ولا أعلم لك فى سنة رسول الله (ص) شيئا ولكن ارجعى حتى أسأل الناس ، ثم قام فقال أنشد الله من يعلم قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الجدة ، فقام المغيرة بن شعبة فقال : أشهد أن رسول الله (ص) أعطاها السدس

وسأل عمر عن إملاص المرأة فأخبره المغيرة بن شعبة أن النبي (ص) قضى فيه بغرة ، ولا يشترط معرفة المسائل التى فرعها المجتهدون فى كتبهم فإن هذه فروع فرعها الفقهاء بعد حيازة منصب الاجتهاد فلا تكون شرطا له وهو سابق عليها ، وليس من شرط الاجتهاد فى مسألة أن يكون مجتهداً فى كل المسائل بل من عرف أدلة مسألة وما يتعلق بها فهو مجتهد فيها ، وان جهل غيرها

كمن يعرف الفرائض وأصولها ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع، ولذلك ما من إمام إلا وقد توقف فى مسائل . وقيل : من يجيب فى كل مسألة فهو مجنون وإذا ترك العالم لا أدرى أصيبت مقاتله .

وحكى أن مالكا سئل عن أربعين مسألة فقال فى ست وثلاثين منها لاأدرى ولم يخرجه ذلك عن كونه مجتهداً ، وانما المعتبر أصول هذه الأمور ، وهو مجموع مدون فى فروع الفقه وأصوله ، فمن عرف ذلك ورزق فهمه كان مجتهداً له الفتيا وولاية الحكم اذا وليه والله أعلم .

(فصل) ليس من شرط الحاكم كونه كاتباً . وقيل يشترط ذلك لعلم ما يكتبه كاتبه ولا يتمكن من اخفائه عنه .

ولنا أن رسول صلى الله عليه وسلم كان أمياً وهو سيد الحكام ، وليس من ضرورة الحاكم الكتابة فلا تعتبر شروطها ، وان احتاج الى ذلك جاز توليته لمن يعرفه كما أنه قد يحتاج الى القسمة بين الناس وليس من شرطه معرفة المساحة ويحتاج الى التقويم وليس من شرط القضاء ان يكون عالما بقيمة الأشياء ولا معرفته بعيوب كل شىء .

(فصل) وينبغى أن يكون الحاكم قويا من غير عنف لينا من غير ضعف لا يطمع القوى فى باطله ولا ييأس الضعيف من عدله ويكون حليما متأنيا ذا فطنة وتيقظ لا يؤتى من غفلة ولا يخدع لغرة ، صحيح السمع والبصر عالما بلغات أهل ولايته ، عفيفا ورعا نزها بعيداً عن الطمع ، صدوق اللهجة ذا رأى ومشورة ، لكلامه لين اذا قرب ، وهيبة اذا أوعد ووفاء اذا وعد ، ولا يكون جباراً ولا عسوفا فيقطع ذا الحجة عن حجته ، قال على رضى الله عنه : لا ينبغى أن يكون القاضى قاضيا حتى تكون فيه خمس خصال. عفيف حليم عالم بما كان قبله يستشير ذوى الألباب لا يخاف فى الله لومة لائم .

وعن عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه قال : ينبغى للقاضى أن تجتمع فيه سبع خلال ان فاتته واحدة كانت فيه وصمة : العقل ، والفقه ، والورع ، والنزاهة والصرامة ، والعلم بالسنن ، والحكم ، ورواه سعيد وفيه يكون فهما حليما عفيفا صلبا سآلا عما لا يعلم، وفى رواية محتملا للأئمة ولا يكون ضعيفا مهينا لأن ذلك

يبسط المتخاصمين إلى التهاتر والتشاتم بين يديه ، قال عمر رضى الله عنه ، لأعزلن فلانا عن القضاء ولاستعملن رجلا إذا رآه الفاجر فرقه .

(فصل) وله أن ينتهر الخصم إذا التوى ويصيح عليه وان استحق التعزير عزره بما يرى من أدب أو حبس ، وإن افتات عليه بأن يقول : حكمت على بغير الحق أو ارتشيت فله تأديبه وله أن يعفو وإن بدأ المنكر باليمين قطعها عليه وقال البينة على خصمك فإن عاد نهره فإن عاد عزره إن رأى وأمثال ذلك مما فيه إساءة الأدب فله مقابلة فاعله وله العفو .

(فصـــل)

وإن ولى الإمام رجلا القضاء فإن كانت ولايته فى غير بلده فأراد السير إلى بلاد ولايته بحث عن قوم من أهل ذلك البلد ليسألهم عنه ويتعرف منهم ما يحتاج الى معرفته فإن لم يجد سأل فى طريقه فإن لم يجد سأل إذا دخل البلد عن أهله ومن به من العلماء والفضلاء وأهل العداله والستر وسائر ما يحتاج الى معرفته ؛ واذا قرب من البلد بعث من يعلمهم بقدومه ليتلقوه ويجعل قدومه يوم الخميس إن أمكنه لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا قدم من سفر قدم يوم الخميس .

ثم يقصد الجامع فيصلى فيه ركعتين كما كان النبي صلى الله عليه وسلم يفعل إذا دخل المدينة ويسأل الله تعالى التوفيق والعصمة والمعونة وأن يجعل عمله صالحا ويجعله لوجهه خالصا ولا يجعل لأحد فيه شيئا ويفوض أمره الى الله تعالى ويتوكل عليه ويأمر مناديه فينادى فى البلد أن فلانا قدم عليكم قاضيا فاجتمعوا لقراءة عهده وقت كذا وكذا وينصرف الى منزله الذى قد أعد له وينبغى أن يكون فى وسط البلد ليتساوى أهل المدينة فيه ولا يشق على بعضهم قصده فإذا اجتمعوا أمر بعهده فقرىء عليهم ليعلموا التولية ويأتوا إليه ويعد الناس يوما يجلس فيه للقضاء .

ثم ينصرف الى منزله وأول ما يبدأ فيه من أمر الحكم أن يبعث إلى الحاكم المعزول فيأخذ منه ديوان الحكم وهو ما فيه وثائق الناس من المحاضر وهى نسخ ما ثبت عند الحاكم والسجلات نسخ ما حكم به وما كان عنده من حجج الناس ووثائقهم مودعة فى ديوان الحكم وكانت عنده بحكم الولاية فإذا انتقلت الولاية

إلى غيره كان عليه تسليمها اليه فتكون مودعة عنده فى ديوانه ثم يخرج فى اليوم الذى وعد بالجلوس فيه إلى مجلسه على أكمل حالة وأعدلها خلياً من الغضب والجوع الشديد والعطش والفرح الشديد والحزن الكثير والهم العظيم والوجع المؤلم ومدافعة الأخبثين أو أحدهما ، والنعاس الذى يغمر القلب ليكون أجمع لقلبه وأحضر لذهنه وأبلغ فى تيقظه للصواب وفطنته لموضع الرأى ولذلك قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا يقضى القاضى بين اثنين وهو غضبان » فنص على الغضب ونبه على مافى معناه من سائر ما ذكرناه ، ويسلم على من يمر به من المسلمين فى طريقه ويذكر الله بقلبه ولسانه حتى يأتى مجلسه . ويستحب أن يجعله فى موضع بارز للناس فسيح كالرحبة والفضاء الواسع أو الجامع ولا يكره القضاء فى المساجد ، فعل ذلك شريح والحسن والشعبى ومحارب بن دثار ويحيى بن يعمر وابن أبى ليلى وابن خلدة قاض لعمر بن عبد العزيز رضى الله عنه ، وروى عن عمر وعثمان وعلى أنهم كانوا يقضون فى المسجد .

وقال مالك : القضاء فى المسجد من أمر الناس القديم ، وبه قال مالك وإسحاق وابن المنذر ، وقال الشافعى : يكره ذلك إلا أن يتفق خصمان عنده فى المسجد ، لما روى أن عمر كتب الى القاسم بن عبد الرحمن أن لا تقضى فى المسجد لأنه تأتيك الحائض والجنب ولأن الحاكم يأتيه الذمى والحائض والجنب وتكثر غاشيته ويجرى بينهم اللغط والتكاذب والتجاحد وربما أدى الى السب ومالم تبن له المساجد .

ولنا إجماع الصحابة بما قد رويناه عنهم ، وقال الشعبى : رأيت عمر وهو مستند الى القبلة يقضى بين الناس ، وقال مالك : هو من امر الناس القديم ولأن القضاء قربة وطاعة وانصاف بين الناس فلم يكره فى المسجد ، ولا نعلم صحة ما رووه عن عمر ، وقد روى عنه خلافه .

وأما الحائض فإن عرضت لها حاجه الى القضاء وكلت أو اتته فى منزله ، والجنب يغتسل ويدخل والذمى يجوز دخوله بإذن مسلم وقد كان النبى (ص) يجلس فى مسجده مع حاجة الناس اليه للحكومة والفتيا وغير ذلك من حوائجهم

وكان أصحابه يطالب بعضهم بعضا بالحقوق فى المسجد وربما رفعوا أصواتهم ، فقد روى عن كعب بن مالك أنه قال تقاضيت ابن أبى حدرد دينا فى المسجد حتى ارتفعت أصواتنا فخرج النبى صلى الله عليه وسلم فأشار الى أن ضع من دينك الشطر فقلت نعم يا رسول الله قال « فقم فاقضه » وينبغى أن يكون جلوسه فى وسط البلد لئلا يبعد على قاصديه ولا يتخذ حاجباً يحجب الناس عن الوصول اليه لما روى القاسم بن مخيمرة عن أبى مريم صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « من ولى من أمور الناس شيئا واحتجب دون حاجتهم احتجب الله دون حاجته وفاقته وفقره » رواه الترمذى ولان حاجبه ربما قدم المتأخر وأخر المتقدم لغرض له وربما كسرهم بحجبهم والاستئذان لهم ولا بأس باتخاذ حاجب فى غـــير مجلس القضاء ويبسط له شىء ولا يجلس على التراب ولا على حصير المسجد لان ذلك يذهب بهيبته من أعين الخصوم ويجعل جلوسه مستقبل القبلة لان خير المجالس ما استقبل به القبله وهذه الآداب المذكورة فى هذا الفصل ليست شرطا فى الحكم الا الخلو من الغضب وما فى معناه فان فى اشتراطه روايتين .

فصل

واذا جلس الحاكم فى مجلسه فأول ما ينظر فيه أمر المحبوسين لأن الحبس عذاب وربما كان فيهم من لا يستحق البقاء فيه فينفذ الى حبس القاضى الذى كان قبله ثقة يكتب اسم كل محبوس وفيم حبس ؟ ولمن حبس ؟ فيحمله اليه فيأمر مناديا ينادى فى البلد ثلاثة أيام ، ألا ان القاضى فلان بن فلان ينظر فى أمر المحبوسين يوم كذا فمن كان له محبوس فليحضر فاذا حضر ذلك اليوم وحضر الناس ترك الرقاع التى فيها اسم المحبوسين بين يديه ومد يده اليها فما وقع فى يده منها نظر الى اسم المحبوس وقال : من خصم فلان المحبوس فاذا قال خصمه أنا بعث معه ثقة الى الحبس فأخرج خصمه وحضر معه مجلس الحكم ويفعل ذلك فى قدر ما يعلم أنه يتسع زمانه للنظر فيه فى ذلك المجلس ولا يخرج غيرهم فاذا حضر المحبوس وخصمه لم يسأل خصمه : لم حبسته ؟ لان الظاهر أن الحاكم انما حبسه بحق لكن يسأل المحبوس بم حبست ؟ ولا يخلو جوابه من خمسة أقسام .

أحدها : أن يقول حبسنى بحق له حالّ أنا ملىء به فيقول له الحاكم اقضه وإلا رددتك فى الحبس .

الثانى : أن يقول له على دين أنا معسر به فيسأل خصمه فإن صدقه فلسه الحاكم وأطلقه ، وان كذبه نظر فى سبب الدين فإن كان شيئا حصل له به مال كقرض أو شراء لم يقبل قوله فى الاعسار إلا ببينة بأن ماله تلف أو نفد أو ببينة أنه معسر فيزول الأصل الذى ثبت ويكون القول قوله فيما يدعيه عليه من المال ، وان لم يثبت له أصل مال ولم تكن لخصمه بينة بذلك فالقول قول المحبوس مع يمينه أنه معسر لأن الأصل الاعسار .

وان شهدت لخصمه بينة بأن له مالا لم تقبل حتى تعين ذلك المال بما يتميز به فإن شهدت عليه البينة بدار معينة أو غيرها وصدقها فلا كلام ، وان كذبها وقال ليس هذا لى وإنما هو فى يدى لغيرى لم يقبل إلا أن يقر به الى واحد بعينه فان كان الذى أقر له به حاضراً نظرت فان كذبه فى إقراره سقط وقضى من المال دينه وان صدقه نظرت فان كان له به بينة فهو أولى لان له بينة وصاحب اليد يقر له به ، وان لم تكن له بينة فذكر القاضى أنه لايقبل قولها ويقضى الدين منه لان البينة شهدت لصاحب اليد بالملك فتضمنت شهادتها وجوب القضاء منه فاذا لم تقبل شهادتها فى حق نفسه قبلت فيما تضمنته لانه حق لغيره ولانه متهم فى إقراره لغيره لأنه قد يفعل ذلك ليخلص ماله ويعود اليه فتلحقه تهمة فلم تبطل البينة بقوله ، وفيه وجه آخر يثبت الإقرار وتسقط البينة لأنها تشهد بالملك لمن لا يدعيه وينكره .

الجواب الثالث : أن يقول حبسنى لان البينة شهدت على لخصمى بحق ليبحث عن حال الشهود فهذا ينبنى على أصل وهو أن الحاكم هل له ذلك أو لا؟ فيه وجهان

أحدهما : ليس له ذلك لان الحبس عذاب فلا يتوجه عليه قبل ثبوت الحق عليه فعلى هذا لا يرده الى الحبس إن صدقه خصمه فى هذا .

والثانى : يجوز حبسه لان المدعى قد أقام ما عليه وإنما بقى ما على الحاكم من البحث ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين فعلى هذا الوجه يرده الى الحبس حتى

يكشف عن حال شهوده ، وان كذبه خصمه وقال بل قد عرف الحاكم عدالة شهودي وحكم عليه بالحق فالقول قوله لان الظاهر أن حبسه بحق .

الجواب الرابع : يقول حبسني الحاكم بثمن كلب أو قيمة خمر أرقته لذمي لانه كان يرى ذلك فان صدقه خصمه فذكر القاضي أنه يطلقه لأن غرم هذا ليس بواجب ، وفيه وجه آخر أن الحاكم ينفذ حكم الحاكم الاول لانه ليس له نقض حكم غيره باجتهاده ، وفيه وجه آخر أنه يتوقف ويجتهد أن يصطلحا على شيء لأنه لا يمكنه فعل أحد الأمرين المتقدمين وللشافعي قولان كهذين الوجهين الاخيرين ، وان كذبه خصمه وقال بل حبست بحق واجب غير هذا فالقول قوله لأن الظاهر حبسه بحق .

الجواب الخامس : أن يقول حبست ظلما ولا حق علي فينادي منادي الحاكم يذكر ماقاله فان حضر رجل فقال أنا خصمه فأنكره وكانت للمدعي بينة كلف الجواب على ما مضى ، وان لم تكن له بينة او لم يظهر له خصم فالقول قوله مع يمينه انه لا خصم له او لا حق عليه ويخلي سبيله .

(فصل)

ثم ينظر في امر الاوصياء لانهم يكونون ناظرين في اموال اليتامى والمجانين وتفرقة الوصية بين المساكين فيقصدهم الحاكم بالنظر لان المنظور عليه لا يمكنه المطالبة بحقه فان الصغير والمجنون لا قول لهما والمساكين لا يتعين الاخذ منهم فاذا قدم اليه الوصي فان كان الحاكم قبله نفذ وصيته لم يعزله لان الحاكم ما نفذ وصيته الا وقد عرف اهليته في الظاهر ولكن يراعيه فان تغيرت حاله بفسق او ضعف اضاف اليه امينا قويا يعينه ، وان كان الاول ما نفذ وصيته نظر فيه فان كان امينا قويا اقره وان كان امينا ضعيفا ضم اليه من يعينه وان كان فاسقا عزله واقام غيره وعلى قول الخرقي يضم اليه امين ينظر عليه وان كان قد تصرف أو فرق الوصية وهو اهل للوصية نفذ تصرفه وان كان ليس بأهل وكان اهل الوصية بالغين عاقلين معينين صح الدفع اليهم لانهم قبضوا حقوقهم وان كانوا غير معينين كالفقراء والمساكين ففيه وجهان .

أحدهما عليه الضمان ، ذكره القاضي وأصحاب الشافعي لأنه ليس له التصرف والثاني لا ضمان عليه لأنه أوصله إلى أهله ، وكذلك إن فرق الوصية غير الموصى اليه بتفريقها فعلى وجهين .

(فصــــل) ثم ينظر فى أمناء الحاكم وهم من رد اليهم الحاكم النظر فى أمر الاطفال وتفرقة الوصايا التى لم يعين لها وصى ، فإن كانوا بحالهم أقرهم لان الذى قبله ولاهم ومن تغير حاله منهم عزله إن فسق وإن ضعف ضم اليه أمينا .

(فصــــل)

ثم ينظر فى أمر الضوال واللقطة التى تولى الحاكم حفظها فإن كانت مما يخاف تلفه كالحيوان أو فى حفظه مؤنة كالاموال الجافة باعها وحفظ ثمنها لاربابها ، وان لم تكن كذلك كالاثمان حفظها لأربابها ويكتب عليها لتعرف .

« مسألة » قال (ولا يحكم الحاكم بين اثنين وهو غضبان)

لا خلاف بين أهل العلم فيما علمناه فى أن القاضى لا ينبغى له أن يقضى وهو غضبان ، كره ذلك شريح وعمر بن عبد العزيز وأبو حنيفة والشافعى ، وكتب أبو بكرة الى عبد الله بن أبى بكرة وهو قاض بسجستان أن لاتحكم بين اثنين وأنت غضبان فإنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « لا يحكم أحد بين اثنين وهو غضبان » متفق عليه

وكتب عمر رضى الله عنه إلى أبى موسى إياك والغضب والقلق والضجر والتأذى بالناس والتنكر لهم عند الخصومة ، فإذا رأيت الخصم يتعمد الظلم فأوجع رأسه ، ولانه اذا غضب تغير عقله ولم يستوف رأيه وفكره ؛ وفى معنى الغضب كل ما شغل فكره من الجوع المفرط والعطش الشديد والوجع المزعج ومدافعة أحد الاخبثين وشدة النعاس والهم والغم والحزن والفرح ، فهذه كلها تمنع الحاكم لانها تمنع حضور القلب واستيفاء الفكر الذى يتوصل به الى إصابة الحق فى الغالب فهى فى معنى الغضب المنصوص عليه فتجرى مجراه ، فإن حكم فى الغضب أو ما شاكله فحكى عن القاضى أنه لا ينفذ قضاؤه لانه منهى عنه ، والنهى يقتضى فساد المنهى عنه ، وقال فى المجرد ينفذ قضاؤه ، وهو مذهب الشافعى لما روى أن

النبى صلى الله عليه وسلم اختصم اليه الزبير ورجل من الانصار فى شراج الحرة فقال النبي (ص) للزبير : اسق ثم ارسل الماء الى جارك ، فقال الانصارى : أن كان ابن عمتك ، فغضب رسول الله (ص) وقال للزبير : اسق ثم احبس الماء حتى يبلغ الجدر ، متفق عليه ، فحكم فى حال غضبه

وقيل إنما يمنع الغضب الحاكم اذا كان قبل أن يتضح له الحكم فى المسألة ، فاما إن اتضح الحكم ثم عرض الغضب لم يمنعه لان الحق قد استبان قبل الغضب فلا يؤثر الغضب فيه .

«مسألة» قال (واذا نزل به الامر المشكل عليه مثله شاور فيه أهل العلم والامانة)

وجملته أن الحاكم اذا حضرته قضية تبين له حكمها فى كتاب الله تعالى أو سنة رسوله أو إجماع أو قياس جلى حكم ولم يحتج الى رأى غيره لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لمعاذ حين بعثه الى اليمن « بم تحكم ؟ قال بكتاب الله . قال فإن لم تجد ؟ قال بسنة رسول الله (ص) قال فإن لم تجد ؟ قال اجتهد رأيي ولا آلو . قال الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله » فان احتاج الى الاجتهاد استحب له أن يشاور لقول الله تعالى (وشاورهم فى الامر)

قال الحسن « ان كان رسول الله (ص) لغنيا عن مشاورتهم . وانما أراد أن يستن بذلك الحكام بعده » وقد شاور النبي (ص) أصحابه فى أسارى بدر . وفى مصالحة الكفار يوم الخندق ، وفى لقاء الكفار يوم بدر

وروى « ما كان أحد أكثر مشاورة لأصحابه من رسول الله (ص) » وشاور أبو بكر الناس فى ميراث الجدة ، وعمر فى دية الجنين وشاور الصحابة فى حد الخمر . وروى أن عمر كان يكون عنده جماعة من أصحاب رسول الله (ص) منهم عثمان وعلى وطلحة والزبير وعبدالرحمن بن عوف اذا نزل به الامر شاورهم فيه ، ولا مخالف فى استحباب ذلك

قال أحمد : لما ولى سعد بن ابراهيم قضاء المدينة كان يجلس بين القاسم وسالم يشاورهما . وولى محارب بن دثار قضاء الكوفة فكان يجلس بين الحكم وحماد يشاورهما ، ما أحسن هذا لو كان الحكام يفعلونه ، يشاورون وينتظرون ،

ولأنه قد ينتبه بالمشاورة ويتذكر مانسيه بالمذاكرة ، ولأن الإحاطة بجميع العلوم متعذرة وقد ينتبه لإصابة الحق ومعرفة الحادثة من هو دون القاضي فكيف بمن يساويه أو يزيد عليه ؟ فقد روى أن أبا بكر الصديق رضي الله عنه جاءته الجدتان فورث أم الام وأسقط أم الأب ، فقال له عبد الرحمن بن سهل يا خليفة رسول الله لقد أسقطت التي لو ماتت ورثها وورثت التي لو ماتت لم يرثها ، فرجع أبو بكر فأشرك بينهما .

وروى عمر بن شبة عن الشعبي أن كعب بن سوار كان جالسا عند عمر لجاءته امرأة فقالت ياأمير المؤمنين مارأيت رجلا قط أفضل من زوجي والله انه ليبيت ليله قائما ويظل نهاره صائما في اليوم الحار ما يفطر ، فاستغفر لها وأثنى عليها وقال مثلك أثنى الخير . قال واستحيت المرأة فقامت راجعة ، فقال كعب ياأمير المؤمنين هلا أعديت المرأة على زوجها ، قال وما شكت ؟ قال شكت زوجها أشد الشكاية ، قال أو ذاك أرادت ؟ قال نعم ، قال ردوا على المرأة ، فقال : لا بأس بالحق أن تقوليه إن هذا زعم أنك جئت تشكين زوجك إنه يجتنب فراشك ؟ قالت أجل إني امرأة شابة وإني لأبتغي مايبتغي النساء ، فأرسل الى زوجها لجاء ، فقال لكعب اقض بينهما قال : أمير المؤمنين أحق أن يقضي بينهما ، قال عزمت عليك لتقضين بينهما فإنك فهمت من أمرهما ما لم أفهم ، قال فإني أرى كأنها عليها ثلاث نسوة هي رابعتهن فاقضي له بثلاثة أيام بلياليهن يتعبد فيهن ولها يوم وليلة ، فقال عمر : والله ما رأيك الأول أعجب اليّ من الآخر اذهب فأنت قاض على البصرة .

إذا ثبت هذا فانه يشاور أهل العلم والأمانة ، لأن من ليس كذلك فلا قول له في الحادثة ولا يسكن إلى قوله . قال سفيان وليكن أهل مشورتك أهل التقوى وأهل الامانة ويشاور الموافقين والمخالفين ويسألهم عن حجتهم ليبين له الحق .

(فصـــل)

والمشاورة ههنا لاستخراج الادلة ، ويعرف الحق بالاجتهاد ، ولا يجوز أن يقلد غيره ويحكم بقول سواه ، سواء ظهر له الحق فخالفه غيره فيه أو لم يظهر له شيء ، وسواء ضاق الوقت أو لم يضق ، وكذلك ليس للمفتي الفتيا بالتقليد ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد

وقال أبو حنيفة : إذا كان الحاكم من أهل الاجتهاد جاز له ترك رأيه لرأى من هو أفقه منه عنده إذا صار إليه فهو ضرب من الاجتهاد ولانه يعتقد انه أعرف منه بطريق الاجتهاد

ولنا أنه من أهل الاجتهاد فلم يجز له تقليد غيره كما لو كان مثله كالمجتهدين فى القبلة وما ذكره ليس بصحيح فان من هو أفقه منه يجوز عليه الخطأ فاذا اعتقد أن ما قاله خطأ لم يجز له أن يعمل به ، وان كان لم يبن له الحق فلا يجوز له أن يحكم بما يجوز أن يبين له خطؤه إذا اجتهد

(فصـــل) قال أصحابنا : يستحب أن يحضر مجلسه أهل العلم من كل مذهب حتى اذا حدثت حادثة يفتقر الى أن يسألهم عنها سألهم ليذكروا أدلتهم فيها وجوابهم عنها فانه أسرع لاجتهاده وأقرب لصوابه ، فان حكم باجتهاده فليس لاحد منهم ان يرد عليه وان خالف اجتهاده لان فيه افتياتا عليه إلا أن يحكم بما يخالف نصا أو إجماعا .

(فصـل) وينبغى له أن يحضر شهوده مجلسه ليستوفى بهم الحقوق وتثبت بهم الحجج والمحاضر ، فان كان ممن يحكم بعلمه فان شاء أدناهم اليه وان شاء باعدهم منه بحيث اذا احتاج الى إشهادهم على حكمه استدعاهم ليشهدوا بذلك ، وان كان ممن لا يحكم بعلمه أجلسهم بالقرب منه حتى يسمعوا كلام المتخاصمين لئلا يقر منهم مقر ثم ينكر ويجحد فيحفظوا عليه إقراره ويشهدوا به

(فصـل) واذا اتصلت به الحادثة واستنارت الحجة لأحد الخصمين حكم وان كان فيها لبس أمرهما بالصلح فان أبيا أخرهما الى البيان فان عجلها قبل البيان لم يصلح حكمه .

وممن رأى الاصلاح بين الخصمين شريح وعبدالله بن عتبه وابو حنيفة والشعبى والعنبرى . وروى عن عمر انه قال : ردوا الخصوم حتى يصطلحوا ، فان فصل القضاء يحدث بين القوم الضغائن . قال ابو عبيد : انما يسعه الصلح فى الامور المشكلة ، أما اذا استنارت الحجة لاحد الخصمين وتبين له موضع الظالم فليس له أن يحملهما على الصلح ، ونحوه قول عطاء واستحسنه ابن المنذر . وروى عن شريح انه ما أصلح بين متحاكمين الا مرة واحدة

(فصل) وإذا حدثت حادثة نظر فى كتاب الله فان وجدها وإلا نظر فى سنة رسوله فان لم يجدها نظر فى القياس فألحقها باشبه الاصول بها لما ذكرنا من حديث معاذ بن جبل وهو حديث يرويه عمرو بن الحارث ابن أخى المغيرة بن شعبة عن رجال من أصحاب معاذ من أهل حمص ، وعمرو والرجال مجهولون إلا أنه حديث مشهور فى كتب أهل العلم رواه سعيد بن منصور والامام أحمد وغيرهما وتلقاه العلماء بالقبول، وجاء عن الصحابة من قولهم ما يوافقه، فروى سعيد أن عمر قال لشريح أنظر ما يتبين لك فى كتاب الله فلا تسأل عنه أحداً وما لا يتبين لك فى كتاب الله فاتبع فيه السنة وما لم يتبين لك فى السنة فاجتهد فيه رأيك . وعن ابن مسعود مثـــل ذلك .

« مسـألة » قال (ولا يحـكم الحاكم بعلمه)

ظاهر المذهب ان الحاكم لا يحكم بعلمه فى حد ولا غيره لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها . هذا قول شريح والشعبى ومالك وإسحاق وأبى عبيد ومحمد بن الحسن وهو أحد قولى الشافعى. وعن أحمد رواية أخرى يجوز له ذلك وهو قول أبى يوسف وأبى ثور والقول الثانى للشافعى واختيار المزنى لأن النبى صلى الله عليه وسلم لما قالت له هند إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى وولدى قال « خـذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » فحـكم لها من غير بينة ولا إقرار لعلمه بصدقها .

وروى ابن عبـد البر فى كتابه ان عروة ومجاهداً رويا ان رجـــلا من بنى مخزوم استعدى عمر ابن الخطاب على أبى سفيان بن حرب انه ظلمه حداً فى موضع كذا وكذا وقال عمر إنى لأعلم الناس بذلك وربما لعبت أنا وانت فيه ونحن غلمان فأتنى بأبى سفيـان فأتاه به فقال له عمر يا اباسفيـان انهض بنا الى موضع كذا وكذا فنهضـوا ونظر عمر فقـال يا ابا سفيان خذ هذا الحجر من ههنا فضعه ههنا فقال والله لا افعل فقال والله لتفعلن فقال والله لا افعل فعلاه بالدرة وقال خذه لا ام لك فضعه ههنا فانك ما علمت قديم الظلم ، فأخذ ابو سفيان الحجر ووضعه حيث قال عمر ، ثم ان عمر استقبل القبلة فقال : اللهم لك الحمد حيث

لم تمتنى حتى غلبت أبا سفيان على رأيه وأذللته لى بالاسلام ، قال فاستقبل القبلة أبو سفيان وقال اللهم لك الحمد إذ لم تمتنى حتى جعلت فى قلبى من الإسلام ما أذل به لعمر . قالوا الحكم بعلمه ولأن الحاكم يحكم بالشاهدين لأنهما يغلبان على الظن فما تحققه وقطع به كان أولى ولأنه يحكم بعلمه فى تعديل الشهود وجرحهم فكذلك فى ثبوت الحق قياسا عليه .

وقال أبو حنيفة : ما كان من حقوق الله لا يحكم فيه بعلمه لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة والمسامحة ، وأما حقوق الآدميين فما علمه قبل ولايته لم يحكم به وماعلمه فى ولايته حكم به لان ماعلمه قبل ولايته بمنزلة ماسمعه من الشهود قبل ولايته ، وما علمه فى ولايته بمنزله ما سمعه من الشهود فى ولايته .

ولنا قول النبى (ص) « إنما أنا بشر وإنكم تختصمون الى ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع منه » فدل على أنه إنما يقضى بما يسمع لا بما يعلم ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم فى قضية الحضرمى والكندى « شاهداك أو يمينه ليس لك منه إلا ذاك » .

وروى عن عمر رضى الله عنه أنه تداعى عنده رجلان فقال له أحدهما أنت شاهدى فقال إن شئتما شهدت ولم أحكم أو أحكم ولا أشهد .

وذكر ابن عبد البر فى كتابه عن عائشة رضى الله عنهما « أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على الصدقة فلاحاه رجل فى فريضة فوقع بينهما شجاج فأتوا النبى صلى الله عليه وسلم فأعطاهم الارش ثم قال : إنى خاطب الناس ومخبرهم أنكم قد رضيتم ،أرضيتم ؟ قالوا نعم ، فصعدالنبى صلى الله عليه وسلم فخطب وذكر القصة وقال : أرضيتم ؟ قالوا لا : فهم بهم المهاجرون فنزل النبى صلى الله عليه وسلم فأعطاهم ثم صعد فخطب الناس ثم قال : أرضيتم ؟ قالوا نعم » وهذا يبين أنه لم يأخذ بعلمه .

وروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه قال « لو رأيت حداً على رجل لم أجده حتى تقوم البينة » ولأن تجويز القضاء بعلمه يفضى الى تهمته والحكم بما اشتهى ويحيله على علمه .

فأما حديث أبي سفيان فلا حجة فيه لأنه فتيا لا حكم بدليل أن النبي (ص) أفتى في حق أبي سفيان من غير حضوره ولو كان حكما عليه لم يحكم عليه في غيبته وحديث عمر الذي رووه كان إنكاراً لمنكر رآه لا حكم بدليل أنه ماوجدت منهما دعوى وإنكار بشروطهما ودليل ذلك ما رويناه عنه ، ثم لو كان حكما كان معارضنا بما رويناه عنه ويفارق الحكم بالشاهدين فانه لا يفضي الى تهمة بخلاف مسألتنا ، وأما الجرح والتعديل فانه يحكم فيه بعلمه بغير خلاف لأنه لو لم يحكم فيه بعلمه لتسلسل فإن المزكيين يحتاج إلى معرفة عدالتهما وجرحهما فإذا لم يعمل بعلمه احتاج كل واحد منهما الى مزكيين ثم كل واحد منهما يحتاج الى مزكيين فيتسلسل وما نحن فيه بخلافه .

(فصل) ولا خلاف في أن للحاكم أن يحكم بالبينة والإقرار في مجلس حكمه إذا سمعه معه شاهدان فإن لم يسمعه معه أحد أو سمعه شاهد فنص أحمد على أنه يحكم به ، وقال القاضي : لا يحكم به حتى يسمعه معه شاهدان لأنه حكم بعلمه .

« مسألة » قال (ولا ينقض من حكم غيره إذا رفع اليه إلا ما خالف نص كتاب أو سنة أو إجماعا)

وجملة ذلك أن الحاكم إذا رفعت اليه قضية قد قضى بها حاكم سواه فبان له خطؤه أو بان له خطأ نفسه نظرت فإن كان الخطأ لمخالفة نص كتاب أو سنه أو إجماع نقض حكمه وبهذا قال الشافعي وزاد إذا خالف نصا جليا نقضه ، وعن مالك وأبي حنيفة أنهما قالا لا ينقض الحكم إلا اذا خالف الاجماع ثم ناقضا ذلك فقال مالك اذا حكم بالشفعة للجار نقض حكمه .

وقال أبو حنيفة : اذا حكم ببيع متروك التسمية أو حكم بين العبيد بالقرعة نقض حكمه ، وقال محمد بن الحسن اذا حكم بالشاهد واليمين نقض حكمه ، وهذه مسائل خلاف موافقة للسنة واحتجوا على أنه لا ينقض مالم يخالف الاجماع بأنه يسوغ فيه الخلاف فلم ينقض حكمه فيه كما لا نص فيه :

وحكي عن أبي ثور وداود أنه ينقض جميع ما بان له خطؤه لأن عمر (رض) كتب الى أبي موسى لا يمنعنك قضاء قضيته بالامس ثم راجعت نفسك فيه اليوم

فهديت لرشدك أن تراجع فيه الحق فإن الرجوع الى الحق خير من التمادى فى الباطل ولأنه خطأ فوجب الرجوع عنه كما لو خالف الاجماع ، وحكى عن مالك أنه وافقهما فى قضاء نفسه .

ولنا على نقضه إذا خالف نصا أو إجماعا أنه قضاء لم يصادف شرطه فوجب نقضه كما لو لم يخالف الاجماع وبيان مخالفته للشرط ان شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص بدليل خبر معاذ ولأنه اذا ترك الكتاب والسنة فقد فرط فوجب نقض حكمه كما لو خالف الإجماع أو كما لو حكم بشهادة كافرين، وما قالوه يبطل بما حكيناه عنهم ، فإن قيل أليس اذا صلى بالاجتهاد الى جهة ثم بان له الخطأ لم يعد ؟ قلنا · الفرق بينهما من ثلاثة أوجه .

أحدها : ان استقبال القبلة يسقط حال العذر فى حال المسايفة والخوف من عدو أو سبع أو نحوه مع العلم ولا يجوز ترك الحق الى غيره مع العلم بحال .

الثانى : أن الصلاة من حقوق الله تعالى تدخلها المسامحة .

الثالث : أن القبلة يتكرر فيها اشتباه القبلة فيشق القضاء وههنا اذا بان له الخطأ لا يعود الاشتباه بعد ذلك .

وأما اذا تغير اجتهاده من غير أن يخالف نصا ولا اجماعا أو خالف اجتهاده اجتهاد من قبله لم ينقضه لمخالفته لان الصحابة رضى الله عنهم أجمعوا على ذلك فإن أبا بكر حكم فى مسائل باجتهاده وخالفه عمر ولم ينقض أحكامه وعلى خالف عمر فى اجتهاده فلم ينقض أحكامه وخالفهما على فلم ينقض أحكامهما فإن أبا بكر سوى بين الناس فى العطاء وأعطى العبيد وخالفه عمر ففاضل بين الناس وخالفهما على فسوى بين الناس وحرم العبيد ولم ينقض واحد منهم ما فعله من قبله وجاء أهل نجران الى على فقالوا يا أمير المؤمنين كتابك بيدك وشفاعتك بلسانك فقال ويحكم ان عمر كان رشيد الأمر ولن أرد قضاء قضى به عمر ، رواه سعيد .

وروى أن عمر حكم فى المشركة بإسقاط الأخوة من الأبوين ثم شرك بينهم بعد وقال تلك على ماقضينا وهذه على ما قضينا وقضى فى الجد بقضايا مختلفة ولم يرد الأولى ولأنه يؤدى الى نقض الحكم بمثله وهذا يؤدى الى أن لا يثبت الحكم

أصلا لأن الحاكم الثانى يخالف الذى قبله ، والثالث يخالف الثانى فلا يثبت حكم

فإن قيل فقد روى أن شريحا حكم فى ابنى عم أحدهما أخ لأم أن المال للأخ فرفع ذلك الى على رضى الله عنه فقال على بالعبد لجىء به فقال فى أى كتاب الله وجدت ذلك ؟ فقال قال الله تعالى (وأولو الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله) فقال له على قد قال الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس) ونقض حكمه

قلنا لم يثبت عندنا أن عليا نقض حكمه ولو ثبت فيحتمل أن يكون على رضى الله عنه اعتقد أنه خالف نص الكتاب فى الآية التى ذكرها فنقض حكمه لذلك .

(فصـــل)

اذا تغير اجتهاده قبل الحكم فإنه يحكم بما تغير اجتهاده إليه ولا يجوز أن يحكم باجتهاده الأول لأنه اذا حكم فقد حكم بما يعتقد أنه باطل وهذا كما قلنا فيمن تغير اجتهاده فى القبلة بعد ما صلى لا يعيد ، وان كان قبل أن يصلى الى الجهة التى تغير اجتهاده اليها ولذلك اذا بان فسق الشهود قبل الحكم لم يحكم بشهادتهم ولو بان بعد الحكم لم ينقضه .

(فصل) وليس على الحاكم تتبع قضايا من كان قبله لأن الظاهر صحتها وصوابها وأنه لايولى القضاء إلا من هو من أهل الولاية فإن تتبعها نظر فى الحاكم قبله فإن كان ممن يصلح للقضاء فما وافق من أحكامه الصواب أو لم يخالف كتابا ولا سنة ولا اجماعا لم يسغ نقضه ، وان كان مخالفا لأحد هذه الثلاثة وكان فى حق لله تعالى كالعتاق والطلاق نقضه لأن له النظر فى حقوق الله سبحـــانه ، وان كان يتعلق بحق آدمى لم ينقضه الا بطالبة صاحبه لأن الحاكم لا يستوفى حقالمن لا ولاية عليه بغير مطالبته فإن طلب صاحبه ذلك نقضه ، وان كان القاضى قبله لا يصلح للقضاء نقضت قضاياه المخالفة للصواب كلها سواء كانت مما يسوغ فيه الاجتهاد اولا يسوغ لان حكمه غير صحيح وقضاؤه كلاقضاء لعدم شرط القضاء فيه وليس فى نقض قضاياه نقض الاجتهاد بالاجتهاد لان الاول ليس باجتهاد ولا ينقض ما وافق الصواب لعدم الفائدة فى نقضه فان الحق وصل الى مستحقه .

وقال أبو الخطاب : تنقض قضاياه كلها ما أخطأ فيه وما أصاب وهو مذهب الشافعى ، لأن وجود قضائه كعدمه ولا أعلم فيه فائدة فان الحق لو وصل الى مستحقه بطريق القهر من غير حكم لم يغير ذلك ، وكذلك اذا كان بقضاء وجوده كعدمه والله أعلم .

(فصل) وحكم الحاكم لا يزيل الشيء عن صفته فى قول جمهور العلماء ، منهم مالك والاوزاعى والشافعى وأحمد واسحاق وأبو ثور وداود ومحمد بن الحسن

وقال أبو حنيفة ، اذا حكم الحاكم بعقد أو فسخ أو طلاق ، نفذ حكمه ظاهراً وباطنا فلو أن رجلين تعمدا الشهادة على رجل أنه طلق امرأته فقبلهما القاضى بظاهر عدالتها ، ففرق بين الزوجين ، لجاز لاحد الشاهدين نكاحها بعد قضاء عدتها وهو عالم بتعمده الكذب ، ولو أن رجلا ادعى نكاح امرأة وهو يعلم أنه كاذب وأقام شاهدى زور فحكم الحاكم ، حلت له بذلك وصارت زوجته .

وقال ابن المنذر وتفرد أبو حنيفة فقال : لو استأجرت امرأة شاهدين شهدا لها بطلاق زوجها وهما يعلمان كذبهما وتزويرهما ، فحكم الحاكم بطلاقها ، لحل لها أن تتزوج ، وحل لاحد الشاهدين نكاحها .

واحتج بما روى عن على رضى الله عنه ، أن رجلا ادعى على امرأة نكاحها ، فرفعها الى على رضى الله عنه ، فشهد له شاهدان بذلك فقضى بينهما بالزوجية فقالت : والله ما تزوجنى يا أمير المؤمنين ، اعقد بيننا عقداً حتى أحل له ، فقال شاهداك زوجاك ؛ فدل على أن النكاح ثبت بحكمه ، ولأن اللعان ينفسخ به النكاح وان كان أحدهما كاذبا ، فالحكم أولى .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « انما أنا بشر وانكم تختصمون الى ، ولعل بعضكم يكون ألحن بحجته من بعض ، فاقضى له على نحو ما أسمع منه ، فمن قضيت له بشيء من حق أخيه ، فلا يأخذ منه شيئا فانما اقطع له قطعة من النار » متفق عليه وهذا يدخل فيه ما اذا ادعى انه اشترى منه شيئا فحكم له ، ولأنه حكم بشهادة زور ، فلا يحل له ما كان محرما عليه كالمال المطلق .

واما الخبر عن على ان صح فلا حجة لهم فيه لانه اضاف التزويج الى الشاهدين

لا إلى حكمه ولم يجبها إلى التزويج لأن فيه طعنا على الشهود . فأما اللعان فإنما حصلت الفرقة به لا بصدق الزوج ، ولهذا لو قامت البينة به لم ينفسخ النكاح . إذا ثبت هذا فإذا شهد على امرأة بنكاح وحكم به الحاكم ولم تكن زوجته ، فإنها لا تحل له ويلزمها فى الظاهر ، وعليها ان تمتنع ما أمكنها ، فإن أكرهها عليه فالإثم عليه دونها ، وإن وطئها الرجل فقال أصحابنا وبعض الشافعيه : عليه الحد لأنه وطئها وهو يعلم أنها أجنبية . وقيل لا حد عليه لأنه وطء مختلف فى حله فيكون ذلك شبهة وليس لها أن تتزوج غيره . وقال أصحاب الشافعى : تحل لزوج ثان . غير أنها ممنوعة منه فى الحكم . وقال القاضى يصح النكاح

ولنا أن هذا يفضى إلى الجمع بين الوطء للمرأة من اثنين أحدهما يطؤها بحكم الظاهر والآخر بحكم الباطن ، وهذا فساد فلا يشرع ، ولأنها منكوحة لهذا الذى قامت له البينة فى قول بعض الأئمة ، فلم يجز تزويجها لغيره كالمتزوجة بغير ولى . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى مثل مذهب ابى حنيفة فى أن حكم الحاكم يزيل الفسوخ والعقود ، والأول هو المذهب

فصل

وإذا استعدى رجل على رجل إلى الحاكم ففيه روايتان : إحداهما انه يلزمه أن يعديه ويستدعي خصمه سواء علم بينهما معاملة أو لم يعلم ، وسواء كان المستعدى ممن يعامل المستعدى عليه أو لا يعامله ، كالفقير يدعى على ذى ثروة وهيئة ، نص على هذا فى رواية الأثرم فى الرجل يستعدى على الحاكم انه يحضره ويستحلفه . وهذا اختيار ابى بكر ومذهب ابى حنيفة والشافعى ، لأن فى تركه تضييعا للحقوق وإقراراً للظلم ، فإنه قد ثبت له الحق على من هو أرفع منه بغصب أو يشترى منه شيئا ولا يوفيه . أو يودعه شيئا أو يعيره إياه فلا يرده ولا تعلم بينهما معاملة ، فإذا لم يعد عليه سقط حقه ، وهذا أعظم ضررا من حضور مجلس الحاكم فانه لا نقيصة فيه ، وقد حضر عمر وأبى عند زيد ، وحضر هو وآخر عند شريح ، وحضر على عند شريح ، وحضر المنصور عند رجل من ولد طلحة بن عبيد الله

والرواية الثانية : لا يستدعيه إلا أن يعلم بينهما معاملة ويتبين أن لما ادعاه أصلا ، روى ذلك عن على (رض) وهو مذهب مالك ، لأن فى اعدائه على كل

حد تبذيل أهل المروءات وإهانة لذوى الهيئات ، فانه لا يشاء أحد أن يبذلهم عند الحاكم الا فعل ، وربما فعل هذا من لا حق له ليفتدى المدعى عليه من حضوره وشر خصمه بطائفة من ماله ، والأولى أولى لأن ضرر تضييع الحق أعظم من هذا . وللمستدعى عليه أن يوكل من يقوم مقامه ان كره الحضور ، وان كان المستدعى عليه امرأة نظرت ، فان كانت برزة ، وهى التى تبرز لقضاء حوائجها ، فحكمها حكم الرجل ، وان كانت مخدرة ، وهى التى لا تبرز لقضاء حوائجها أمرت بالتوكيل ، فان توجهت اليمين عليها بعث الحاكم أمينا معه شاهدان فيستحلفها بحضرتهما ، فان أقرت شهدا عليها

وذكر القاضى أن الحاكم يبعث من يقضى بينها وبين خصمها فى دارها ، وهو مذهب الشافعى ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قال « واغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » فبعث اليها ولم يستدعها ، واذا حضروا عندها كان بينها وبينهم ستر تتكلم من ورائه ، فان اعترفت للمدعى انها خصمه حكم بينهما ، وان أنكرت ذلك جىء بشاهدين من ذوى رحمها يشهدان انها المدعى عليها ثم يحكم بينهما ، فان لم تكن له بينة التحفت بجلبابها وأخرجت من وراء الستر لموضع الحاجة ، وما ذكرناه أولى ان شاء الله ، لأنه أستر لها ، واذا كانت خفرة منعها الحياء من النطق بحجتها والتعبير عن نفسها سيما مع جهلها بالحجة وقلة معرفتها بالشرع وحججه .

(فصل) ولا يخلو المستعدى عليه من أن يكون حاضرا أو غائبا ، فان كان حاضرا فى البلد أو قريبا منه ، فان شاء الحاكم بعث مع المستعدى عونا يحضر المدعى عليه ، وان شاء بعث معه قطعة من شمع أو طين مختوماً بخاتمه ، فاذا بعث معه ختما فعاد فذكر أنه امتنع او كسر الختم بعث اليه عيونا ، فان امتنع انفذ صاحب المعونة فأحضره ، فاذا حضر وشهد عليه شاهدان بالامتناع عزره ان رأى ذلك بحسب ما يراه تأديبا له ، إما بالكلام وكشف رأسه او بالضرب او بالحبس ، فان اختبأ بعث الحاكم من ينادى على بابه ثلاثاً انه ان لم يحضر سمر بابه وختم عليه ويجمع اماثل جيرانه ويشهدهم على اعذاره ، فان لم يحضر وسأل

المدعي أن يسمر عليه منزله ويختم عليه . وتقرر عند الحاكم أن المنزل منزله سمره أو ختمه ، فإن لم يحضر بعث الحاكم من ينادي على بابه بحضرة شاهدى عدل انه ان لم يحضر مع فلان أقام عنه وكيلا وحكم عليه ، فإن لم يحضر أقام عنه وكيلا وسمع البينة عليه وحكم عليه كما يحكم على الغائب ؛ وقضى حقه من ماله ان وجد له مالا ، وهذا مذهب الشافعي وابي يوسف واهل البصرة ، حكاه عنهم احمد وان لم يجد له مالا ولم تكن للمدعي بينة فكان أحمد ينكر التهجم عليه ويشتد عليه حتى يظهر . وقال الشافعي : ان علم له مكانا امر بالهجوم عليه فيبعث خصيانا او غلمانا لم يبلغوا الحلم وثقات من النساء معهم ذوو عدل من الرجال فيدخل النساء والصبيان ، فإذا حصلوا فى صحن الدار دخل الرجال ويؤمر الخصيان بالتفتيش ويتفقد النساء النساء ، فإن ظفروا به أخذوه فأحضروه ، وان استعدى على غائب نظرت فان كان الغائب فى غير ولاية القاضي لم يكن له ان يعدى عليه وله الحكم عليه على ما سنذكره ان شاء الله تعالى ، وان كان فى ولايته وله فى بلده خليفة . فان كانت له بينة ثبت الحق عنده وكتب به الى خليفته ولم يحضره . وان لم تكن له بينة حاضرة نفذه الى خصمه ليخاصمه عند خليفته ، وان لم يكن له فيه خليفة وكان فيه من يصلح للقضاء اذن له فى الحكم بينهما ، وان لم يكن فيه من يصلح للقضاء . قيل له حرر دعواك لانه يجوز ان يكون ما يدعيه ليس بحق عنده كالشفعة للجار ، وقيمة الكلب او خمر الذمي فلا يكلفه الحضور لمالا يقضى عليه به مع المشقة فيه بخلاف الحاضر فإنه لا مشقة فى حضوره فاذا تحررت بعث فأحضر خصمه بعدت المسافة او قربت ، وبهذا قال الشافعي . وقال ابو يوسف : ان كان يمكنه ان يحضر ويعود فيأوى الى موضعه أحضره وإلا لم يحضره ويوجد من يحكم بينهما . وقيل ان كانت المسافة دون مسافة القصر أحضره والا فلا

ولنا انه لا بد من فصل الخصومة بين المتخاصمين فإذا لم يمكن الا بمشقة فعل ذلك كما لو امتنع من الحضور فإنه يؤدب ويعزر ولأن الحاق المشقة به أولى من الحاقها بمن ينفذه الحاكم ليحكم بينهما ، وان كانت امرأة برزة لم يشترط فى سفرها هذا محرم ، نص عليه احمد لانه لحق آدمي وحق الآدمي مبنى على الشح والضيق

فصــل

وإن استعدى على الحاكم المعزول لم يعده حتى يعرف ما يدعيه فيسأله عنه صيانة للقاضي عن الامتهان ، فإن ذكر أنه يدعي عليه حقا من دين أو غصب أعداه وحكم بينهما كغير القاضي ، وكذلك ان ادعى أنه أخذ منه رشوة على الحكم ، لأن أخذ الرشوة عليه لا يجوز فهي كالغصب ، وان ادعى عليه الجور في الحكم وكان المدعي بينة أحضره وحكم بالبينة ، وان لم يكن معه بينة ففيه وجهان .

أحدهما : لا يحضره لأن في إحضاره وسؤاله امتهانا له ، وأعداء القاضي كثير وإذا فعل هذا معه لم يؤمن ألا يدخل في القضاء أحد خوفا من عاقبته .

والثاني : يحضره لجواز أن يعترف ، فإن حضر واعترف حكم عليه ، وان أنكر فالقول قوله من غير يمين ، لان قول القاضي مقبول بعد العزل ، كما يقبل في ولايته ، وان ادعى عليه أنه قتل ابنه ظلما فهل يستحضره من غير بينة ؟ فيه وجهان فإن أحضره فاعترف حكم عليه والا فالقول قوله ، وان ادعى أنه أخرج عينا من يده بغير حق فالقول قول الحاكم من غير يمين ويقبل قوله للمحكوم له بها على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

(فصل) وان ادعى على شاهدين أنهما شهدا عليه زوراً أحضرهما ، فإن اعترفا أغرمهما ، وإن أنكرا ، وللمدعي بينة على إقرارهما بذلك ، فأقامها لزمهما ذلك ، وان أنكرا لم يستحلفا لان إحلافهما يطرق عليهما الدعاوى في الشهادة والامتهان وربما منع ذلك إقامة الشهادة ، وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا .

« مسألة » قال (وإذا شهد عنده من لا يعرفه سأل عنه فإن عدله اثنان قبل شهادته)

وجملته أنه إذا شهد عند الحاكم شاهدان ، فان عرفهما عدلين حكم بشهادتهما وان عرفهما فاسقين لم يقبل قولهما ، وان لم يعرفهما سأل عنهما لان معرفة العدالة شرط في قبول الشهادة بجميع الحقوق ، وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد .

وعن أحمد رواية أخرى يحكم بشهادتهما إذا عرف اسلامهما بظاهر الحال الا أن يقول الخصم هما فاسقان ، وهذا قول الحسن ، والمال والحد في هذا سواء لان الظاهر من المسلمين العدالة ولهذا قال عمر (رض) « المسلمون عدول بعضهم على بعض »

وروى « أن اعرابياً جاء الى النبي (ص) فشهد برؤية الهلال فقال له النبي (ص) أتشهد ألا اله الا الله ؟ فقال : نعم فقال : أتشهد أني رسـول الله ؟ قال : نعم فصام وأمر الناس بالصيام » ولان العدالة أمر خفي سببها الخوف من الله تعالى ودليل ذلك الإسـلام فاذا وجد فليكتف به مالم يقم على خلافه دليل ، وقال أبو حنيفة فى الحدود والقصاص كالرواية الاولى وفى سائر الحقوق كالثانية لان الحدود والقصاص مما يحتاط لها وتندرىء بالشبهات بخلاف غيرها .

ولنا أن العدالة شرط فوجب العلم بها كالإسلام أو كما لو طعن الخصم فيهما فاما الاعرابي المسلم فانه كان من أصحاب رسول الله (ص) وقد ثبتت عدالتهم بثناء الله تعالى عليهم فان من ترك دينه فى زمن رسول الله (ص) ايثاراً لدين الإسلام وصحبة رسول الله (ص) ثبتت عدالته .

وأما قول عمر : فالمراد به أن الظاهر العدالة ولا يمنع ذلك فى وجوب البحث ومعرفة حقيقة العدالة فقد روى عنه « أنه أتى بشاهدين فقال لهما عمر لست أعرفكما ولا يضركما ان لم أعرفكما جيئا بمن يعرفكما فأتيا برجل فقال له عمر تعرفهما ؟ فقال نعم فقال عمر صحبتهما فى السفر الذى تبين فيه جواهر النـاس ، قال : لا ، قال عاملتهما فى الدنانير والدراهم التى تقطع فيها الرحم ، قال لا ، قال كنت جاراً لهما تعرف صباحهما ومساءهما ، قال : لا ، قال يا ابن اخي لست تعرفهما جيئا بمن يعرفكما » وهذا بحث يدل على انه لا يكتفى بدونه .

اذا ثبت هذا : فان الشاهد يعتبر فيه اربعة شروط : الإسلام والبلوغ والعقل والعدالة فليس فيها ما يخفى ويحتاج الى البحث الا العدالة فيحتاج الى البحث عنها لقول الله تعالى (ممن ترضون من الشهداء) ولا نعلم انه مرضي حتى نعرفه او نخبر عنه فيأمر الحاكم بكتب اسمائهم وكناهم ونسبهم ويرفعون فيها بما يتميزون به عن غيرهم ويكتب صنائعهم ومعائشهم وموضع مساكنهم وصلاتهم ليسأل عن جيرانهم واهل سوقهم ومسجدهم ومحلتهم ونحلتهم فيكتب اسود او ابيض او انزع او اغم او اشهل او اكحل اقنى الأنف او افطس او رقيق الشفتين او غليظهما طويل او قصير او ربعة ونحو هذا ليتميز ولا يقع اسم على اسم ويكتب

اسم المشهود له والمشهود عليه وقدر الحق ويكتب ذلك كله لأصحاب مسائله لكل واحد رقعة وإنما ذكرنا المشهود له لئلا يكون بينه وبين الشاهد قرابة تمنع الشهادة أو شركة وذكرنا اسم المشهود عليه ليعرف لئلا تكون بينه وبين الشاهد عداوة وذكرنا قدر الحق لأنه ربما كان ممن يرون قبوله في اليسير دون الكثير فتطيب نفس المزكي به إذا كان يسيراً ولا تطيب إذا كان كثيراً .

وينبغي للقاضي : أن يخفي عن كل واحد من أصحاب مسائله ما يعطي الآخر من الرقاع لئلا يتواطئوا وان شاء الحاكم عين لصاحب مسائله من يسأله ممن يعرفه من جوار الشاهد وأهل الخبرة به وان شاء أطلق ولم يعين المسئول ويكون السؤال سراً لئلا يكون فيه هتك المسئول عنه ، وربما يخاف المسئول من الشاهد أو من المشهود له أو المشهود عليه أن يخبر بما عنده أو يستحي .

وينبغي ان يكون أصحاب مسائله غير معروفين له لئلا يقصدوا بهدية أو رشوة وأن يكونوا أصحاب عفاف في الطعمة والأنفس ذوي عقول وافرة أبرياء من الشحناء والبغض لئلا يطعنوا في الشهود أو يسألوا عن الشاهد عدوه فيطعن فيه فيضيع حق المشهود له ولا يكونون من أهل الأهواء والعصبية يميلون الى من وافقهم على من خالفهم ويكونون أمناء ثقات لان هذا موضع أمانة فاذا رجع أصحاب مسائله فأخبر إثنان بالعدالة قبل شهادته ، وان أخبر بالجرح رد شهادته وان أخبر أحدهما بالعدالة والآخر بالجرح بعث آخرين فان عادا فأخبرا بالتعديل تمت بينة التعديل وسقط الجرح لان بينته لم تتم وان اخبرا بالجرح ثبت ورد الشهادة وان اخبر احدهما بالجرح والآخر بالتعديل تمت البينتان ويقدم الجرح ولا يقبل الجرح والتعديل الا من اثنين ويقبل قول اصحاب المسائل وقيل لا يقبل الا شهادة المسئولين ويكلف اثنين منهم ان يشهدوا بالتزكية والجرح عنده على شروط الشهادة في اللفظ وغيره ولا تقبل من صاحب المسألة لان ذلك شهادة على شهادة مع حضور شهود الاصل .

ووجه القول الاول ان شهادة اصحاب المسائل شهادة استفاضة لاشهادة على شهادة فيكتفى بمن يشهد بها كسائر شهادات الاستفاضة ولانه موضع حاجة فلا يلزم المزكي الحضور للتزكية وليس للحاكم اجباره عليها فصار كالمرض والغيبة في سائر

الشهادات ، ولأننا لو لم نكتف بشهادة أصحاب المسائل لتعذرت التزكية لأنه قد يتفق ألا يكون فى جيران الشاهد من يعرفه الحاكم فلا يقبل قوله فيفوت التعديل والجرح

(فصل) قال القاضي : ولا بد من معرفة إسلام الشاهد ويحصل ذلك بأحد أربعة أمور .

أحدها . اخباره عن نفسه أنه مسلم أو إتيانه بكلمة الاسلام وهى شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً عبده ورسوله لأنه لو لم يكن مسلما صار مسلما بذلك .

الثانى : اعتراف المشهود عليه باسلامه لأن ذلك حق عليه .

الثالث . خبرة الحاكم لاننا اكتفينا بذلك فى عدالته فكذلك فى إسلامه .

الرابع : بينة تقوم به ولا بد من معرفة الحرية فى موضع تعتبر فيه ويكفى فى ذلك أحد أمور ثلاثة : بينة أو اعتراف المشهود عليه ، أوخبرة الحاكم ، ولا يكفى اعتراف الشاهد لأنه لا يملك أن يصير حراً فلا يملك الاقرار به بخلاف الاسلام

(فصـــل)

وإذا شهد عند الحاكم مجهول الحال فقال المشهود عليه هو عدل ففيه وجهان

أحدهما : يلزم الحاكم الحكم بشهادته لأن البحث عن عدالته لحق المشهود عليه وقد اعترف بها ولأنه اذا أقر بعدالته فقد أقر بما يوجب الحكم لخصمه عليه فيؤخذ باقراره كسائر أقاريره .

والثانى : لا يجوز الحكم بشهادته لأن فى الحكم بها تعديلا له فلا يثبت بقول واحد ولأن اعتبار العدالة فى الشاهد حق لله تعالى ولهذا لو رضى الخصم بأن يحكم عليه بقول فاسق لم يجز الحكم به ولأنه لا يخلو إما أن يحكم عليه مع تعديله أو مع انتفائه ، لا يجوز أن يقال مع تعديله لأن التعديل لا يثبت بقول الواحد ولا يجوز مع انتفاء تعديله لأن الحكم بشهادة غير العدل غير جائز بدليل شهادة من ظهر فسقه ومذهب الشافعى مثل هذا، فإن قلنا بالاول فلا يثبت تعديله فى حق غير المشهود عليه ، لأنه لم توجد بينة التعديل وانما حكم عليه لاقراره بوجود شروط الحكم واقراره يثبت فى حقه دون غيره كما لو أقر بحق عليه وعلى غيره ثبت فى حقه دون غيره .

« مسألة » قال (وان عدله اثنان وجرحه اثنان فالجراحة أولى)

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك ينظر أيهما أعدل ؟ اللذان جرحاه أو اللذان عدلاه ؟ فيؤخذ بقول أعدلهما .

ولنا أن الجارح معه زيادة علم خفيت على المعدل فوجب تقديمه لان التعديل يتضمن ترك الريب والمحارم والجارح مثبت لوجود ذلك والاثبات مقدم على النفي ، ولان الجارح يقول . رأيته يفعل كذا والمعدل مستنده أنه لم يره يفعل ويمكن صدقهما والجمع بين قوليهما بأن يراه الجارح يفعل المعصية ولا يراه المعدل فيكون مجروحا .

(فصل) ولا يقبل الجرح والتعديل الا من اثنين وبهذا قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وابن المنذر .

وروى عن أحمد يقبل ذلك من واحد وهو اختيار أبي بكر ، وقول أبي حنيفة لانه خبر لا يعتبر فيه لفظ الشهادة فقبل من واحد كالرواية .

ولنا أنه اثبات صفة من يبنى الحاكم حكمه على صفته فاعتبر فيه العدد كالحضانة وفارق الرواية فإنها على المساهله ولا نسلم أنها لا تفتقر الى لفظ الشهادة ويعتبر في التعديل والجرح لفظ الشهادة فيقول في التعديل أشهد أنه عدل ويكفي هذا ، وان لم يقل علي ولي ، وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول شريح وأهل العراق ومالك وبعض الشافعية ، وقال أكثرهم لا يكفيه الا أن يقول عدل علي ولي واختلفوا في تعليله فقال بعضهم لئلا تكون بينهما عداوة أو قرابة ، وقال بعضهم لئلا يكون عدلا في شيء دون شيء .

ولنا قول الله تعالى (فاشهدوا ذوي عدل منكم) فإذا شهدا أنه عدل ثبت ذلك بشهادتهما فيدخل ذلك في عموم الأمر لأنه اذا كان عدلا لزم أن يكون له وعليه وفي حق سائر الناس وفي كل شيء فلا يحتاج الى ذكره ولا يصح ماذكروه فإن الانسان لا يكون عدلا في شيء دون شيء ولا في حق شخص دون شخص فإنها لا توصف بهذا ولا تنتفي أيضا بقوله عدل علي ولي فإن من ثبتت عدالته لم تزل بقرابة ولا عداوة وانما ترد شهادته للتهمة مع كونه عدلا ثم ان هذا اذا

كان معلوما انتفاؤه بينهما لم يحتج إلى ذكره ولا نفيه عن نفسه كما لو شهد بالحق من عرف الحاكم عدالته لم يحتج الى أن ينفي عن نفسه ذلك ، ولأن العداوة لا تمنع من شهادته له بالتزكية ، وإنما تمنع الشهادة عليه ، وهذا شاهد له بالتزكية والعدالة فلا حاجة به إلى نفي العداوة .

(فصل) ولا يكفي أن يقول لا أعلم منه إلا الخير وهذا مذهب الشافعي . وقال أبو يوسف : يكفي لانه اذا كان من أهل الخبرة به ولا يعلم إلا الخير فهو عدل . ولنا أنه لم يصرح بالتعديل فلم يكن تعديلا ، كما لو قال أعلم منه خيراً . وما ذكروه لا يصح ، لأن الجاهل بحال أهل الفسق لا يعلم منهم إلا الخير لأنه يعلم إسلامهم وهو خير ولا يعلم منهم غير ذلك وهم غير عدول .

(فصـــل)

قال أصحابنا : ولا يقبل التعديل الا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة وهذا مذهب الشافعي لخبر عمر الذى قدمناه ، ولأن عادة الناس اظهار الصالحات واسرار المعاصي ، فإذا لم يكن ذا خبرة باطنة ربما اغتر بحسن ظاهره ، وهو فاسق في الباطن ، وهذا يحتمل أن يريدوا به أن الحاكم اذا علم أن المعدل لا خبرة له لم تقبل شهادته بالتعديل كما فعل عمر (ر ض) ويحتمل انهم أرادوا أنه لا يجوز للمعدل الشهادة بالعدالة الا أن تكون له خبرة باطنة . فأما الحاكم اذا شهد عنده العدل بالتعديل ولم يعرف حقيقة الحال فله أن يقبل الشهادة من غير كشف وان استكشف الحال كما فعل عمر (ر ض) فلا بأس

(فصـل) ولا يسمع الجرح الا مفسراً ويعتبر فيه اللفظ فيقول . أشهد انى رأيته يشرب الخمر أو يعامل بالربا أو يظلم الناس بأخذ أموالهم أو ضربهم أو سمعته يقذف أو يعلم ذلك باستفاضته في الناس ولا بد من ذكر السبب وتعيينه ، وبهذا قال الشافعي وسوار ، وقال أبو حنيفة يقبل الجرح المطلق وهو أن يشهد أنه فاسق أو أنه ليس بعدل ، وعن أحمد مثله لأن التعديل يسمع مطلقا فكذلك الجرح ، ولان التصريح بالسبب يجعل الجارح فاسقا ويوجب عليه الحد في بعض الحالات وهو أن يشهد عليه بالزنا فيفضى الجرح الى جرح الجارح وتبطيل شهادته ولا يتجرح بها المجروح

ولنا أن الناس يختلفون فى أسباب الجرح كاختلافهم فى شارب النبيذ فوجب أن لا يقبل مجرد الجرح لئلا يجرحه بما لا يراه القاضى جرحا ولأن الجرح ينقل عن الاصل ، فإن الاصل فى المسلمين العدالة والجرح ينقل عنها فلا بد أن يعرف الناقل لئلا يعتقد نقله بما لا يراه الحاكم ناقلا

وقولهم انه يفضى الى جرح الجارح وايجاب الحد عليه ، قلنا ليس كذلك لانه يمكنه التعريض من غير تصريح ، فإن قيل ففى بيان السبب هتك المجروح ، قلنا لا بد من هتكه فان الشهادة عليه بالفسق هتك له ، ولكن جاز ذلك للحاجة الداعية اليه كما جازت الشهادة عليه به لإقامة الحد عليه بل ههنا أولى فان فيه دفع الظلم عن المشهود عليه وهو حق آدمى فكان أولى بالجواز ، ولأن هتك عرضه بسببه لانه تعرض للشهادة مع ارتكابه مايوجب جرحه فكان هو الهاتك لنفسه اذ كان فعله هو المحوج للناس الى جرحه ، فإن صرح الجارح بقذفه بالزنا فعليه الحد ان لم يأت بتمام أربعة شهداء ، وبهذا قال ابو حنيفة ، وقال الشافعى لا حد عليه اذا كان بلفظ الشهادة لانه لم يقصد ادخال المعرة عليه

ولنا قول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهـــداء فاجلدوهم ثمانين جلدة) الآية ، ولان أبا بكرة ورفيقيه شهدوا على المغيرة بالزنا ولم يكمل زياد شهادته فجلدهم عمر حد القذف بحضر الصحابة فلم ينكره منكر فكان اجماعا ، ويبطل ما ذكروه بما اذا شهدوا عليه لإقامة الحد عليه

(فصـل) واذا أقام المدعى عليه بينة أن هذين الشاهدين شهدا بهذا الحق عند حاكم فرد شهادتهما لفسقهما بطلت شهادتهما ، لان الشهادة اذا ردت لفسق لم تقبل مرة ثانية .

(فصل) ولا يقبل الجرح والتعديل من النساء ، وقال أبو حنيفة : يقبل لانه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة فأشبه الرواية واخبار الديات

ولنا انها شهادة فيما ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فى غالب الاحوال فأشبه الشهادة فى القصاص ، وما ذكروه غير مسلم

(فصـــل) ولا يقبل الجرح من الخصم بلا خلاف بين العلماء ، فلو قال المشهود عليه هذان فاسقان أو عدوان لى أو آباء للمشهود له لم يقبل قوله لانه متهم

فى قوله ويشهـد بما يجر إليه نفعاً فأشبه الشهادة لنفسه . ولو قبلنا قوله لم يشأ أحد أن يبطل شهادة من شهد عليه إلا أبطلها فتضيع الحقوق وتذهب حكمة شرع البينة .

(فصـل) ولا تقبل شهادة المتوسمين ، وذلك إذا حضر مسافران فشهدا عند حاكم لا يعرفهما لم تقبل شهادتهما ، وقال مالك : يقبلهما إذا رأى فيهما سيما الخير لأنه لا سبيل الى معرفة عدالتهما ففى التوقف عن قبولهما تضييع الحقوق فوجب الرجوع فيهما الى السيماء الجميلة

ولنا أن عدالتهما مجهولة فلم يجز الحكم بشهادتهما كشاهدى الحضر ، وما ذكروه معارض بأن قبول شهادتهما يفضى إلى أن يقضى بشهادتهما بدفع الحق إلى غير مستحقه .

(فصل) قال أحمد : ينبغى للقاضى أن يسأل عن شهوده كل قليل لأن الرجل ينتقل من حال الى حال ، وهل هذا مستحب أو واجب ؟ فيه وجهان

أحدهما : مستحب لأن الأصل بقاء ما كان فلا يزول حتى يثبت الجرح

والثانى : يجب البحث كلما مضت مدة يتغير الحال فيها لان العيب يحدث ، وذلك على ما يراه الحاكم ، ولأصحاب الشافعى وجهان مثل هذين

(فصـــل)

وليس للحاكم أن يرتب شهوداً لا يقبل غيرهم لأن الله تعالى قال (وأشهدوا ذوى عدل منكم) ولأن فيه اضرارا بالناس لان كثيراً من الوقائع التى يحتاج الى البينة فيها تقع عند غير المرتبين ، فمتى ادعى انسان شهادة غير المرتبين وجب على الحاكم سماع بينته والنظر فى عدالة شاهديه ، ولا يجوز ردهم بكونهم من غير المرتبين ، لأن ذلك يخالف الكتاب والسنة والإجماع ، لكن له أن يرتب شهوداً يشهدهم الناس فيستغنون بإشهادهم عن تعديلهم ويستغنى الحاكم عن الكشف عن أحوالهم فيكون فيه تخفيف من وجه ويكونون أيضا يزكون من عرفوا عدالته من غيرهم اذا شهد .

(فصـل) ولا بأس أن يعظ الشاهدين . كما روى عن شريح انه كان يقول للشاهدين اذا حضرا يا هذان ألا تريان ؟ انى لم أدعكما ولست أمنعكما أن ترجعا

وانما يقضى على هذا انتها وأنا متق بكما فاتقيا، وفى لفظ وانى بكما أقضى اليوم وبكما أتقى يوم القيامة .

وروى أبو حنيفة قال : كنت عند محارب بن دثار وهو قاضى الكوفة فجاء رجل فادعى على رجل حقاً فأنكره فأحضر المدعى شاهدين فشهدا له فقال المشهود عليه والذى به تقوم السماء والارض لقد كذبا على فى الشهادة وكان محارب بن دثار متكئا فاستوى جالساً وقال سمعت بن عمر يقول : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «ان الطير لتخفق بأجنحتها وترمى مافى حواصلها من هول يوم القيامة وان شاهد الزور لاتزول قدماه حتى يتبوأ مقعده من النار » فإن صدقتما فاثبتا وان كذبتما فغطيا رءوسكما وانصرفا فغطيا رءوسهما وانصرفا .

« مسألة » قال (ويكون كاتبه عدلا وكذلك قاسمه)

وجملته أنه يستحب للحاكم أن يتخذ كاتبا لان النبي صلى الله عليه وسلم استكتب زيد بن ثابت وغيره ولان الحاكم تكثر أشغاله ونظره فلا يمكنه أن يتولى الكتابة بنفسه وان أمكنه تولى الكتابة بنفسه جاز والاستنابة فيه أولى ، ولا يجوز ان يستنيب فى ذلك الا عدلا لان الكتابة موضع أمانة ويستحب ان يكون فقيها ليعرف مواقع الالفاظ التى تتعلق بها الاحكام ويفرق بين الجائز والواجب وينبغى أن يكون وافر العقل ورعا نزها لئلا يستمال بالطمع ويكون مسلما لان الله تعالى قال (يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا بطانة من دونكم لا يألونكم خبالا) ويروى أن أبا موسى قدم على عمر رضى الله عنه ومعه كاتب نصرانى فأحضر أبو موسى شيئا من مكتوباته عند عمر فاستحسنه وقال قل لكاتبك يجيء فيقرأ كتابه قال انه لايدخل المسجد، قال ولم؟ قال انه نصرانى فانتهره عمر وقال لاتأتمنوهم وقد خونهم الله تعالى ولا تقربوهم وقد أبعدهم الله تعالى ولا تعزوهم وقد أذلهم الله تعالى ولان الاسلام من شروط العدالة والعدالة شرط، وقال أصحاب الشافعى فى اشتراط عدالته واسلامه وجهان .

أحدهما . تشترط لما ذكرنا .

والثاني : لا تشترط لأن ما يكتبه لابد من وقوف القاضي عليه فتؤمن الخيانة فيه ويستحب أن يكون جيد الخط لانه أكمل وأن يكون حراً ليخرج من الخلاف ، وإن كان عبداً جاز لأن شهادة العبد جائزة ويكون القاسم على الصفة التي ذكرنا في الكاتب ولا بد من كونه حاسباً لأنه عمله وبه يقسم فهو كالخط للكاتب والفقه للحاكم ؛ ويستحب للحاكم أن يجلس كاتبه بين يديه ليشاهد ما يكتبه ، ويشافهه بما يملي عليه ، وإن قعد ناحية جاز لأن المقصود يحصل فإن ما يكتبه يعرض على الحاكم فيستبرئه .

(فصل) واذا ترافع الى الحاكم خصمان فأقر أحدهما لصاحبه فقال المقر له للحاكم اشهد لى على إقراره شاهدين لزمه ذلك لأن الحاكم لا يحكم بعلمه فربما جحد المقر فلا يمكنه الحكم عليه بعلمه ولو كان يحكم بعلمه احتمل ان ينسى فإن الإنسان عرضة النسيان فلا يمكنه الحكم باقراره ، وان ثبت عنده حق بنكول المدعى عليه او بيمين المدعى بعد النكول فسأله المدعى ان يشهد على نفسه لزمه لأنه لا حجة للمدعى سوى الاشهاد وان ثبتت عنده بينة فسأله الاشهاد ففيه وجهان

أحدهما لا يلزمه لان بالحق بينة فلا يجب جعل بينة أخرى .

والثاني : يجب لان في الاشهاد فائدة جديدة وهي إثبات تعديل بينته وإلزام خصمه ، وان حلف المنكر وسأل الحاكم الاشهاد على براءته لزمه ليكون حجة له في سقوط المطالبة مرة أخرى وفي جميع ذلك اذا سأله أن يكتب له محضرا بما جرى ففيه وجهان .

أحدهما : يلزمه ذلك لانه وثيقة له فهو كالاشهاد لان الشاهدين ربما نسيا الشهادة او نسيا الخصمين فلا يذكرهما الا ذوي خطيهما

والثاني : لا يلزمه لان الإشهاد يكفيه والاول اصح لان الشهود تكثر عليها الشهادات ويطول عليهم الأمد فالظاهر أنهما لا يتحققان الشهادة تحققا يحصل به أداؤها فلا يتقيد الا بالكتاب ، فإن اختار ان يكتب له محضرا فصفته : حضر القاضي فلان بن فلان الفلاني قاضي عبد الله الامام فلان على كذا وكذا

وان كان خليفة القاضى قال خليفة القاضى فلان بن فلان الفلانى عبد الله قاضى الامام بمجلس حكمه وقضائه فإن كان يعرف المدعى والمدعى عليه بأسمائهما وأنسابهما قال فلان بن فلان الفلانى وأحضر معه فلان بن فلان الفلانى ويرفع فى نسبهما حتى يتميز ويستحب ذكر حليتهما وان أخل به جاز لأن ذكر نسبهما إذا رفع فيه أغنى عن ذكر الحلية .

وإن كان الحاكم لا يعرف الخصمين قال : مدع ذكر أنه فلان بن فلان الفلانى وأحضر معه مدعى عليه ذكر أنه فلان بن فلان الفلانى ويرفع فى نسبهماويذكر حليتهما لأن الاعتماد عليها فربما استعار النسب ويقول اغم أو انزع ويذكر صفة العينين والأنف والفم والحاجبين واللون والطول والقصر مادعى عليه كذا وكذا فاقر له ولا يحتاج أن يقول بمجلس حكمه لأن الاقرار يصح فى غير مجلس الحكم وان كتب أنه شهد على إقراره شاهدان كان أوكد .

ويكتب الحاكم على رأس المحضر الحمد لله رب العالمين أو ما أحب من ذلك فأما إن أنكر المدعى عليه وشهدت عليه بينة قال : فادعى عليه كذا وكذا فأنكر فسأل الحاكم المدعى ألك بينة فأحضرها وسأل الحاكم سماعها ففعل وسأله أن يكتب له محضراً بما جرى فأجابه اليه وذلك فى وقت كذا ، ويحتاج ههنا أن يذكر بمجلس حكمه وقضائه بخلاف الاقرار لأن البينة لا تسمع إلا فى مجلس الحكم والاقرار بخلافه ويكتب الحاكم فى آخر المحضر شهدا عندى بذلك فإن كان مع المدعى كتاب فيه خط الشاهد كتب تحت خطوطهما أو تحت خط كل واحد منهما شهد عندى بذلك ويكتب علامته فى رأس المحضر وإن اقتصر على ذلك دون المحضر جاز .

فأما إن لم تكن للمدعى بينة فاستحلف المنكر ثم سأل المنكر الحاكم محضراً لئلا يحلف فى ذلك ثانيا كتب له مثل ما تقدم الا أنه يقول : فأنكر فسأل الحاكم المدعى ألك بينة فلم تكن له بينة فقال لك يمينه فسأله أن يستحلفه فاستحلفه فى مجلس حكمه وقضائه فى وقت كذا وكذا ولابد من ذكر تحليفه لأن الاستحلاف لا يكون إلا فى مجلس الحكم ويعلم فى أوله خاصة ، وإن نكل المدعى عليه عن

اليمين قال : فعرض اليمين على المدعى عليه فنكل عنها فسأل خصمه الحاكم أن يقضى عليه بالحق فقضى عليه فى وقت كذا ويعلم فى آخره ويذكران ذلك فى مجلس حكمه وقضائه . فهذه صفة المحضر

فأما إن سأل صاحب الحق الحاكم أن يحكم له بما ثبت فى المحضر لزمه ان يحكم له به وينفذه فيقول : حكمت له به ألزمته الحق أنفذت الحكم به فإن طلبه أن يشهد له على حكمه لزمه ذلك لتحصل له الوثيقة به فإن طالبه أن يسجل له به وهو أن يكتب فى المحضر ويشهد على إنفاذه سجل له وفى وجوب ذلك الوجهان المذكوران فى المحضر . وهذه صورة السجل

بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أشهد عليه القاضى فلان بن فلان الفلانى قاضى عبد الله الامام على كذا وكذا فى مجلس حكمه وقضائه فى موضع كذا وكذا فى وقت كذا وكذا أنه ثبت عنده بشهادة فلان وفلان ونسبهما وقد عرفهما بما ساغ له به قبول شهادتهما عنده بما فى كتاب نسخه وينسخ الكتاب إن كان معه أو المحضر فى أى حكم كان فإذا فرغ منه قال بعد ذلك فحكم به فأنفذه وأمضاه بعد أن سأله فلان بن فلان أن يحكم له به ولا يحتاج أن يذكر أنه بمحضر المدعى عليه لأن القضاء على الغائب جائز فإن أراد أن يذكره احتياطا قال بعد أن حضره من ساغ له الدعوى عليه ويكتب الحاكم بالسجل والمحضر نسختين .

إحداهما : تكون فى يد صاحب الحق .

والأخرى : تكون فى ديوان الحكم فإن هلكت إحداهما نابت الأخرى عنها ويختم الذى فى ديوان الحكم ويكتب على طيه سجل فلان بن فلان أو محضر فلان ابن فلان أو وثيقة فلان بن فلان فان كثر ما عنده جمع ما يجتمع فى كل يوم أو أسبوع أو شهر على قدر كثرتها وقلتها وشدها أضبارة ويكتب عليها أسبوع كذا من شهر كذا من سنة كذا ثم يضم ما يجتمع فى السنة ويدعها ناحية ويكتب عليها كتب سنة كذا حتى إذا حضر من يطلب شيئا منها سأل عن السنة فيخرج كتب تلك السنة ويسهل ، وينبغى أن يتولى جمعها وشدها بنفسه لئلا يزور عليه فان تولى ذلك ثقة من ثقاته جاز .

فصل

وينبغي أن يجعل من بيت المال شيء برسم الكاغد الذي يكتب فيه المحاضر والسجلات لأنه من المصالح فإنه يحفظ به الوثائق ويذكر الحاكم حكمه والشاهد شهادته ويرجع بالدرك على من رجع عليه فان أعوز ذلك لم يلزم الحاكم ذلك ويقول لصاحب الحق إن شئت جئت بكاغد أكتب لك فيه فانه حجة لك ولست أكرهك عليه .

(فصل) وإذا ارتفع اليه خصمان فذكر أحدهما أن حجته في ديوان الحكم فأخرجها الحاكم من ديوانه فوجدها مكتوبة بخطه تحت ختمه وفيها حكمه فان ذكر ذلك حكم به وإن لم يذكره لم يحكم به نص عليه أحمد في الشهادة قاله بعض أصحابنا ، وهو قول أبي حنيفة والشافعي ومحمد بن الحسن ، وعن أحمد (رض) أنه يحكم به ، وبه قال ابن أبي ليلى وهذا الذي رأيته عن أحمد في الشهادة لأنه إذا كان في قمطره تحت ختمه لم يحتمل أن يكون إلا صحيحا .

ووجه الأولى أنه حكم حاكم لم يعلمه فلم يجز إنفاذه إلا ببينة كحكم غيره ولأنه يجوز أن يزور عليه وعلى ختمه والخط يشبه الخط .

فان قيل : فلو وجد في دفتر أبيه حقا على انسان جاز له أن يدعيه ويحلف عليه . قلنا : هذا يخالف الحكم والشهادة بدليل الاجماع على أنه لو وجد بخط أبيه شهادة لم يجز له أن يحكم بها ولا يشهد بها ولو وجد حكم أبيه مكتوبا بخطه لم يجز له انفاذه ولأنه يمكنه الرجوع فيما حكم به عليه الى نفسه ، لأنه فعل نفسه فروعي ذلك ، وأما ما كتبه أبوه فلا يمكنه الرجوع فيما حكم به الى نفسه فيكفي فيه الظن .

(فصل) فان ادعى رجل على الحاكم أنك حكمت لي بهذا الحق على خصمي فذكر الحاكم حكمه أمضاه وألزم خصمه ما حكم به عليه وليس هذا حكما بالعلم انما هو امضاء لحكمه السابق وان لم يذكره القاضي فشهد عنده شاهدان على حكمه لزمه قبولها وامضاء القضاء ؛ وبه قال ابن أبي ليلى ومحمد بن الحسن ،

قال القاضي هذا قياس قول أحمد لأنه قال يرجع الامام الى قول اثنين فصاعداً من المأمومين . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي لا يقبل لأنه يمكنه الرجوع إلى الاحاطة والعلم فلا يرجع الى الظن كالشاهد إذا نسي شهادته فشهد عنده شاهدان أنه شهد لم يكن له أن يشهد .

ولنا أنهما لو شهدا عنده بحكم غيره قبل فكذلك إذا شهدا عنده بحكم نفسه ولأنهما شهدا بحكم حاكم وماذكروه لا يصح لأن ذكر مانسيه ليس اليه ويخالف الشاهد لان الحاكم يمضي ما حكم به إذا ثبت عنده والشاهد لا يقدر على إمضاء شهادته وإنما يمضيها الحاكم .

« مسألة » قال ﴿ ولا يقبل هدية من لم يكن يهدى اليه قبل ولايته ﴾

وذلك لأن الهدية يقصد بها في الغالب استمالة قلبه ليعتنى به في الحكم فتشبه الرشوة ؛ قال مسروق : إذا قبل القاضي الهدية أكل السحت ، واذا قبل الرشوة بلغت به الكفر .

وقد روى أبو حميد الساعدي قال « بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا من الازد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فقال هذا لكم وهذا أهدى الى فقام النبي صلى الله عليه وسلم فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال العامل نبعثه فيجيء فيقول هذا لكم وهذا أهدى الى ألا جلس في بيت أمه فينظر أيهدى اليه أم لا والذي نفس محمد بيده لا نبعث أحداً منكم فيأخذ شيئا الا جاء يوم القيامة يحمله على رقبته ان كان بعيراً له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة تيعر فرفع يديه حتى رأيت عفرة أبطيه فقال : اللهم هل بلغت ، ثلاثا ؟ » متفق عليه ، ولأن حدوث الهدية عند حدوث الولاية يدل على أنها من أجلها ليتوسل بها الى ميل الحاكم معه على خصمه فلم يجز قبولها منه كالرشوه .

فأما ان كان يهدى اليه قبل ولايته جاز قبولها منه بعد الولاية لأنها لم تكن من أجل الولاية لوجود سببها قبل الولاية بدليل وجودها قبلها .

قال القاضي ويستحب له التنزه عنها ، وان أحس أنه يقدمها بين يدى خصومه أو فعلها حال الحكومة حرم أخذها في هذه الحال لانها كالرشوة وهذا كله مذهب

الشافعي ، وروى عن أبي حنيفة وأصحابه أن قبول الهدية مكروه غير محرم ، وفيما ذكرنا دلالة على التحريم .

(فصل) فأما الرشوة في الحكم ورشوة العامل فحرام بلا خلاف قال الله تعالى (أكالون للسحت) قال الحسن وسعيد بن جبير في تفسيره هو الرشوة ، وقال إذا قبل القاضي الرشوة بلغت به الى الكفر .

وروى عبد الله بن عمر قال « لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي» قال الترمذي هذا حديث حسن صحيح ورواه أبو هريرة وزاد«في الحكم» ورواه أبو بكر في زاد المسافر وزاد «والرائش»وهو السفير بينهما ولأن المرتشي انما يرتشي ليحكم بغير الحق أو ليوقف الحكم عنه وذلك من أعظم الظلم .

قال مسروق سألت ابن مسعود عن السحت أهو الرشوة في الحكم ؟ قال لا (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون — والظالمون — والفاسقون) ولكن السحت أن يستعينك الرجل على مظلمة فيهدى لك فلا تقبل .

وقال قتادة قال كعب الرشوة تسفه الحليم وتعمى عين الحكيم ، فأما الراشي فإن رشاه ليحكم له بباطل أو يدفع عنه حقا فهو ملعون ، وان رشاه ليدفع ظلمه ويجزيه على واجبه فقد قال عطاء وجابر بن زيد والحسن لا بأس أن يصانع عن نفسه . قال جابر بن زيد ما رأينا في زمن زياد أنفع لنا من الرشا ولأنه يستنقذ ماله كما يستنقذ الرجل أسيره فإن ارتشى الحاكم أو قبل هدية ليس له قبولها ، فعليه ردها الى أربابها ، لانه أخذها بغير حق فأشبه المأخوذ بعقد فاسد ، ويحتمل أن يجعلها في بيت المال لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يأمر ابن اللتبية بردها على أربابها ، وقد قال أحمد : اذا أهدى البطريق اصاحب الجيش عينا أو فضة لم تكن له دون سائر الجيش قال ابو بكر يكونون فيه سواء .

(فصل) ولا ينبغي للقاضي ان يتولى البيع والشراء بنفسه لما روى ابو الاسود المالكي عن ابيه عن جده « ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : ما عدل وال اتجر في رعيته ابداً » ولانه يعرف فيحابي فيكون كالهدية ولان ذلك يشغله عن النظر في امور الناس .

وقد روى عن أبي بكر الصديق رضى الله عنه أنه لما بويع أخذ الذراع وقصد السوق ، فقالوا يا خليفة رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يسعك أن تشتغل عن أمور المسلمين ، قال فإنى لا أدع عيالى يضيعون، قالوا فنحن نفرض لك مايكفيك ففرضوا له كل يوم درهمين فإن باع واشترى صح البيع ، لأن البيع تم بشروطه وأركانه ، وإن احتاج إلى مباشرته ولم يكن له من يكفيه جاز ذلك ولم يكره لأن أبا بكر رضى الله عنه قصد السوق ليتجر فيه حتى فرضوا له ما يكفيه ، ولأن القيام بعياله فرض عين فلا يتركه لوهم مضرة .

وأما اذا استغنى عن مباشرته ووجد من يكفيه ذلك كره له لما ذكرناه من المعنيين ، وينبغى أن يوكل فى ذلك من لا يعرف أنه وكيله لئلا يحابى . وهذا مذهب الشافعى .

وحكى عن أبي حنيفة انه قال : لا يكره له البيع والشراء وتوكيل من يعرف لما ذكرنا من قضية أبي بكر رضى الله عنه

ولنا ما ذكرناه وروى عن شريح أنه قال : شرط علىّ عمر حين ولانى القضاء أن لا أبيع ولا أبتاع ، ولا أرتشى ولا أقضى وأنا غضبان ، وقضية أبي بكر حجة لنا ، فإن الصحابة أنكروا عليه فاعتذر بحفظ عياله عن الضياع فلما أغنوه عن البيع والشراء بما فرضوا لهم قبل قولهم وترك التجارة ، فحصل الاتفاق منهم على تركها عند الغنى عنها

(فصل) ويجوز للحاكم حضور الولائم لأن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحضرها ويأمر بحضورها وقال « من لم يجب فقد عصى الله ورسوله » فإن كثرت وازدحمت تركها كلها ولم يجب أحداً ، لأن ذلك يشغله عن الحكم الذى قد تعين عليه ، لكنه يعتذر اليهم ويسألهم التحليل ، ولا يجيب بعضا دون بعض لأن فى ذلك كسراً لقلب من لم يجبه إلا أن يختص بعضها بعذر يمنعه دون بعض ، مثل أن يكون فى إحداهما منكر أو تكون فى مكان بعيد أو يشتغل بها زمنا طويلا والأخرى بخلاف ذلك فله الاجابة اليها دون الأولى ، لان عذره ظاهر فى التخلف عن الاولى .

(فصـــل)

وله عيادة المرضى وشهود الجنائز وإتيان مقـــدم الغائب وزيارة إخوانه والصالحين من الناس لانه قربة وطاعة ، وإن كثر ذلك فليس له الاشتغال به عن الحكم لأن هذا تبرع فلا يشتغل به عن الفرض ، وله حضور البعض دون البعض لأن هذا يفعله لنفع نفسه لتحصيل الاجر والقربة له ، والولائم يراعى فيها حق الداعى فينكسر قلب من لم يجبه إذا أجاب غيره

« مسألة » قال (ويعدل بين الخصمين فى الدخول عليه والمجلس والخطاب)

وجملته أن على القاضى العدل بين الخصمين فى كل شىء من المجلس والخطاب واللحظ واللفظ والدخول عليه والانصات اليهما والاستماع منهما ، وهذا قول شريح وأبى حنيفة والشافعى ولا أعلم فيه مخالفا

وقد روى عمر بن شبة فى كتاب قضاة البصرة بإسناده عن أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من بلى بالقضاء بين المســـلمين فليعدل بينهم فى لفظه واشارته ومقعده ولا يرفع صوته على أحد الخصمين مالا يرفعه على الآخر » وفى رواية « فليسوّ بينهم فى النظر والمجلس والاشارة »

وكتب عمر رضى الله عنه الى أبى « سوّ بين الناس فى مجلسك وعدلك حتى لا ييأس الضعيف من عدلك ولا يطمع شريف فى حيفك» وقال سعيد حدثنا هشيم ثنا سيار ثنا الشعبى قال : كان بين عمر بن الخطاب (رض) وأبى بن كعب بدار فى شىء فجعلا بينهما زيد بن ثابت فأتياه فى منزله ، فقال له عمر أتيناك لتحكم بيننا فى بيتة تؤتى الحاكم ، فوسع له زيد عن صدر فراشه ، فقال ههنا يا أمير المؤمنين فقال له عمر جُرت فى أول القضاء ولكن أجلس مع خصمى ، فجلسا بين يديه ، فادعى أبى وأنكر عمر ، فقال زيد لأبى : اعف أمير المؤمنين من اليمين وما كنت لاسألها لأحد غيره ، فحلف عمر ثم أقسم لا يدرك زيد باب القضاء حتى يكون عمر ورجل من عرض المسلمين عنده سواء . ورواه عمربن شبة وفيه : فلما أتيا باب زيد خرج فقال السلام عليك يا أمير المؤمنين لو أرسلت الى لاتيتك ، قال فى بيته يؤتى الحكم، فلما دخلا عليه قال ههنا يا أمير المؤمنين ؟ قال بل أجلس مع

خصمى فادعى أبى وأنكر عمر ولم تكن لأبى بينة ، فقال زيد اعف أمير المؤمنين من اليمين فقال عمر تالله إن زلت ظالما ، السلام عليك ياأمير المؤمنين ، ههنا اعف ياأمير المؤمنين ، ولم يعني أمير المؤمنين ؟ إن كان لى حق استحققته بيمينى وإلا تركته ، والله الذى لا إله إلا هو ان النخل لنخلى وما لأبى فيها حق ، ثم أقسم عمر لا يصيب زيد وجه القضاء حتى يكون عمر وغيره من الناس عنده سواء ، فلما خرجا وهب النخل لأبى ، فقيل له يا أمير المؤمنين فهلا كان هذا قبل أن تحلف ؟ قال خفت أن أترك اليمين فتصير سنة فلا يحلف الناس على حقوقهم

وقال ابراهيم : جاء رجل إلى شريح وعنده السرى بن وقاص ، فقال الرجل لشريح : أعدنى على هذا الجالس عندك ، فقال شريح للسرى قم فاجلس مع خصمك قال إنى أسمعك من مكانى ، قال لا قم فاجلس مع خصمك ، فأبى أن يسمع منه حتى أجلسه مع خصمه .

وفى رواية قال : إن مجلسك يريبه وإنى لا أدع النصرة وأنا عليها قادر ، ولما تحاكم على رضى الله عنه واليهودى الى شريح قال على : إن خصمى لو كان مسلما لجلست معه بين يديك ، ولأن الحاكم اذا ميز أحد الخصمين على الآخر حصر وانكسر قلبه وربما لم تقم حجته فأدى ذلك الى ظلمه ، وان أذن أحد الخصمين للحاكم فى رفع الخصم الآخر عليه فى المجلس جاز لأن الحق له ولا ينكسر قلبه إذا كان هو الذى رفعه ،

والسنة أن يجلس الخصمان بين يدى القاضى لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى أن يجلس الخصمان بين يدى الحاكم ، رواه أبو داود . وقال على رضى الله عنه لو أن خصمى مسلم لجلست معه بين يديك ، ولأن ذلك أمكن للحاكم فى العدل بينهما والاقبال عليهما والنظر فى خصومتهما .

وإن كان الخصمان ذميين سوى بينهما أيضا لاستوائهما فى دينهما ، وان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا جاز رفع المسلم عليه لما روى ابراهيم التيمى قال : وجد على كرم الله وجهه درعه مع يهودى ، فقال درعى سقطت وقت كذا ، فقال اليهودى درعى وفى يدى ، بينى وبينك قاضى المسلمين فارتفعا الى شريح فلما رآه شريح قام من مجلسه وأجلسه فى موضعه وجلس مع اليهودى بين يديه ، فقال على

أن خصمى لو كان مسلما لجلست معه بين يديك، ولكنى سمعت رسول الله (ص) يقول « لا تساووهم فى المجالس » ذكره أبو نعيم فى الحلية ولا ينبغى أن يضيف أحد الخصمين دون صاحبه إما أن يضيفهما معاً أو يدعهما

وقد روى عن علي كرم الله وجهه انه نزل به رجل فقال له إنك خصم ؟ قال نعم . قال تحول عنا فإنى سمعت رسول الله (ص) يقول « لا تضيفوا أحد الخصمين إلا ومعه خصمه » ولان ذلك يوهم الخصم ميل الحاكم الى من أضافه ولا يلقن أحدهما حجته ولا ما فيه ضرر على خصمه ، مثل أن يريد أحدهما الاقرار فيلقنه الانكار أو اليمين فيلقنه النكول أو النكول فيجرئه على اليمين أو يحس من الشاهد بالتوقف فيجسره على الشهادة أو يكون مقدما على الشهادة فيوقفه عنها أو يقول لاحدهما وحده تكلم ونحو هذا مما فيه اضرار بخصمه لان عليه العدل بينهما .

فإن قيل : فقد لقن النبى صلى الله عليه وسلم السارق فقال « ما اخالك سرقت » وقال عمر لزياد أرجو أن لا يفضح الله على يديك رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ، قلنا لا يرد هذا الالزام ههنا ، فإن هذا فى حقوق الله وحدوده ولا خصم للمقر ولا للمشهود عليه فليس فى تلقينه حيف على أحد الخصمين ولا ترك للعدل فى أحد الجانبين ، والذى قلنا فى المختلفين فى حق من حقوق الآدميين ولا ينبغى أن يعنت الشاهد ولا يداخله فى كلامه ويعنفه فى ألفاظه

(فصـــل)

واذا حضر القاضى خصوم كثيرة قدم الاول فالاول ، وينبغى أن يبعث من يكتب من جاء الاول فالاول فيقدمه ، قال ابن المنذر : الاحسن أن يتخذ خيطا ممدودا طرفه يلى مجلس الحاكم والطرف الآخر يلى مجلس الخصوم فكل من جاء كتب اسمه فى رقعة وثقبها وأدخلها فى الخيط مما يلى مجلس الخصوم حتى يأتى على آخرهم فإذا جلس القاضى مد يده الى الطرف الذى يليه فأخذ الرقعة التى تليه ثم التى بعدها كذلك حتى يأتى على آخرها ، فان بقى منها شىء وزال الوقت الذى يقضى فيه عرف الطرف الذى يليه حين يجلس فيتناول فى المجلس الثانى الرقاع كفعله بالامس ، والاعتبار بسبق المدعى لان الحق له ، ومتى قدم رجلا لسبقه فحكم بينه وبين خصمه، فقال لى دعوى أخرى ، لم يسمع منه لانه قد قدمه بسبقه

فى خصومة فلا يقدمه بأخرى ويقول له اجلس حتى إذا لم يبق أحد من الحاضرين نظرت فى دعواك الأخرى إن أمكن ، فإذا فرغ الكل فقال الأخير بعد فصل خصومته لى دعوى أخرى لم يسمع منه حتى يسمع دعوى الأول الثانية ثم يسمع دعواه، وإن ادعى المدعى عليه على المدعى حكم بينهما لاننا إنما نعتبر الأول فالأول فى الدعوى لافى المدعى عليه، وإذا تقدم الثانى فادعي على المدعي الاول أو المدعي عليه الاول حكم بينهما . وإن حضر اثنان أو جماعة دفعة واحدة أقرع بينهم فقدم من خرجت له القرعة لتساوى حقوقهم ، وان كثر عددهم كتب أسماءهم فى رقاع وتركها بين يديه ومد يده فأخذ رقعة رقعة ، واحدة بعد أخرى ويقدم صاحبها حسب ما يتفق .

(فصل) فإن حضر مسافرون ومقيمون فكان المسافرون قليلا بحيث لا يضر تقديمهم على المقيمين قدمهم لأنهم على جناح السفر ويشتغلون بما يصلح للرحيل وقد خفف الله عنهم الصوم وشطر الصلاة تخفيفا عنهم وفى تأخيرهم ضرر بهم فإن شاء أفرد لهم يوما يفرغ من حوائجهم فيه . وإن شاء قدمهم من غير افراد يوم لهم ، فإن كانوا كثيرا بحيث يضر تقديمهم فهم والمقيمون سواء لان تقديمهم مع القلة انما كان لدفع الضرر المختص بهم فاذا آل دفع الضرر عنهم الى الضرر بغيرهم تساووا ، ولا خلاف فى أكثر هذه الآداب وأنها ليست شرطا فى صحة القضاء فلو قدم المسبوق أو قدم الحاضرين او نحوه كان قضاؤه صحيحا :

(فصل) واذا تقدم اليه خصمان فان شاء قال : من المدعى منكما ؟ لانهما حضرا لذلك وان شاء سكت ويقول القائم على رأسه من المدعى منكما ؟ ان سكتا جميعا ، ولا يقول الحاكم ولا صاحبه لأحدهما تكلم لان فى افراده بذلك تفضيلا له وتركا للانصاف .

قال عمر بن قيس شهدت شريحا اذا جلس اليه الخصمان ورجل قائم على رأسه يقول : أيكما المدعى فليتكلم ؟ وان ذهب الآخر يشغب غمزه حتى يفرغ المدعى ثم يقول تكلم فان بدأ أحدهما فادعى فقال خصمه أنا المدعى لم يلتفت الحاكم اليه ، وقال أجب عن دعواه ثم ادع بعد ما شئت ، فان ادعيا معا فقياس المذهب ان يقرع بينهما وهو قياس قول الشافعي لان أحدهما ليس بأولى من الآخر وقد

تعذر الجمع بينهما فيقرع بينهما كالمرأتين إذا زفتا فى ليلة واحدة واستحسن ابن المنذر أن يسمع منهما جميعاً وقيل يرجىء أمرهما حتى يتبين المدعى منهما وما ذكرناه أولى لأنه لا يمكن الجمع بين الحكم فى القضيتين معا وإرجاء أمرهما إضرار بها وفيما ذكرنا دفع الضرر بحسب الامكان وله نظير فى مواضع من الشرع فكان أولى .

(فصـــل)

ولا يسمع الحاكم الدعوى إلا محررة إلا فى الوصية والاقرار لأن الحاكم يسأل المدعى عليه عما ادعاه فإن اعترف به لزمه ولا يمكنه أن تلزمه مجهولة ويفارق الاقرار فإن الحق عليه فلا يسقط بتركه إثباته وإنما صحت الدعوى فى الوصية مجهولة لانها تصح مجهوله فإنه لو وصى له بشيء أو سهم صح فلا يمكنه أن يدعيها إلا مجهوله كما ثبت وكذلك الاقرار لما صح أن يقر بمجهول صح لخصمه أن يدعى عليه أنه أقر له بمجهول .

إذا ثبت هذا . فإن كان المدعى أثمانا فلا بد من ذكر ثلاثة أشياء : الجنس والنوع والقدر ، فيقول عشرة دنانير بصرية ، وان اختلفت بالصحاح والمكسرة قال صحاح أو قال مكسرة .

وان كانت الدعوى فى غير الأثمان وكانت عينا تنضبط بالصفات كالحبوب والثياب والحيوان احتاج أن يذكر الصفات التى تشترط فى السلم ، وان ذكر القيمة كان آكد الا أن الصفة تغنى فيه كما تغنى فى العقد ، وان كانت جواهر ونحوها مما لا ينضبط بالصفة فلا بد من ذكر قيمتها لأنها لا تنضبط الا بها ، وان كان المدعى تالفا وهو مما له مثل كالمكيل والموزون ادعى مثله وضبطه بصفته ، وان كان مما لا مثل له كالنبات والحيوان ادعى قيمته لأنها تجب بتلفه ، وان كان التالف شيئا محلى بفضة أو بذهب قومه بغير جنس حليته ، وان كان محلى بذهب وفضة قومه بما شاء منهما لأنه موضع حاجة ، وان كان المدعى عقاراً فلا بد من بيان موضعه وحدوده فيدعى أن هذه الدار بحدودها وحقوقها لى وأنها فى يده ظلما وأنا أطالبه بردها على ، وان ادعى عليه أن هذه الدار لى وأنه يمنعنى منها صحت

الدعوى وان لم يقل انها فى يده لأنه يجوز أن ينازعه ويمنعه وان لم تكن فى يده وان ادعى جراحة لها أرش معلوم كالموضحة من الحر جاز أن يدعى الجراحه ولا يذكر أرشها لأنه معلوم ، وان كانت من عبد أو كانت من حر لا مقدر فيها فلا بد من ذكر أرشها .

وان ادعى على أبيه دينا لم تسمع الدعوى حتى يدعى أن أباه مات وترك فى يده مالا لأن الولد لا يلزمه قضاء دين والده ما لم يكن كذلك ويحتاج أن يذكر تركة أبيه ويحررها ويذكر قدرها كما يصنع فى قدر الدين، هكذا ذكره القاضى والصحيح أنه يحتاج الى ذكر ثلاثة أشياء تحرير دينه وموت أبيه وأنه وصل اليه من تركة أبيه ما فيه وفاء لدينه

وان قال ما فيه وفاء لبعض دينه احتاج أن يذكر ذلك القدر ، والقول قول المدعى عليه فى نفى تركة الأب مع يمينه ، وان أنكر موت أبيه فالقول قوله مع يمينه ويكفيه أن يحلف على نفى العلم لأنه على نفى فعل الغير وقد يموت ولا يعلم به ابنه ويكفيه أن يحلف أن ما وصل اليه من تركة أبيه ما فيه وفاء حقه ولا شيء منه ولا يلزمه أن يحلف أن أباه لم يخلف شيئا لانه قد يخلف تركة فلا تصل اليه فلا يلزمه الايفاء منه فإن لم يحسن المدعى تحرير الدعوى فهل للحاكم أن يلقنه تحريرها ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : يجوز لانه لا ضرر على صاحبه فى ذلك .

والثانى : لا يجوز لان فيه اعانة احد الخصمين فى حكومته .

(فصل) اذا حرر المدعى دعواه فللحاكم ان يسأل خصمه الجواب قبل ان يطلب منه المدعى ذلك لأن شاهد الحال يدل عليه لأن احضاره والدعوى انما يراد ليسأل الحاكم المدعى عليه فقد اغنى ذلك عن سؤاله فيقول لخصمه ما تقول فيما يدعيه ؟ فإن اقر لزمه وليس للحاكم ان يحكم عليه الا بمسألة المقر له لأن الحكم عليه حق له فلا يستوفيه الا بمسألة مستحقه هكذا ذكر اصحابنا .

ويحتمل ان يجوز له الحكم عليه قبل مسألة المدعى لان الحال تدل على ارادته ذلك فاكتفى بها كما اكتفى بها فى مسألة المدعى عليه الجواب ولأن كثيراً من الناس لا يعرف مطالبة الحاكم بذلك فيترك مطالبته به لجهله فيضيع حقه فعلى هذا

يجوز له الحكم قبل مسألته ، وعلى القول الأول إن سأله الخصم فقال احكم لى حكم عليه والحكم أن يقول قد ألزمتك ذلك أو قضيت عليك له أو يقول اخرج له منه فمتى قال له أحد هذه الثلاثة كان حكما بالحق ؟ وان أنكر فقال لا حق لك قبلى فهذا موضع البينة قال الحاكم ألك بينة ؟ لما روى « أن رجلين اختصما الى النبى صلى الله عليه وسلم حضرمى وكندى فقال الحضرمى يا رسول الله إن هذا غلبنى على أرض لى فقال الكندى هى أرضى وفى يدى وليس له فيها حق فقال النبى صلى الله عليه وسلم للحضرمى : ألك بينة ؟ قال لا ، قال : فلك يمينه » وهو حديث حسن صحيح .

وإن كان المدعى عارفا بأنه موضع البينة ، فالحاكم مخير بين أن يقول : ألك بينة ؟ وبين أن يسكت فإذا قال له ألك بينة ؟ وذكر أن له بينة حاضرة لم يقل له الحاكم أحضرها لأن ذلك حق له فله أن يفعل ما يرى ، وإذا أحضرها لم يسألها الحاكم عما عندها حتى يسأله المدعى ذلك لأنه حق له فلا يسأله ولا يتصرف فيه من غير إذنه ، فإذا سأله المدعى سؤالها قال من كانت عنده شهادة فليذكرها إن شاء ولا يقول لها اشهدا لأنه أمر .

وكان شريح يقول للشاهدين ما أنا دعوتكما ولا أنهاكما أن ترجعا وما يقضى على هذا المسلم غيركما وإنى بكما أقضى اليوم وبكما أتقى يوم القيامة وإن رأى الحاكم عليهما ما يوجب رد شهادتهما ردها كما روى عن شريح أنه شهد عنده شاهد وعليه قباء مخروط الكمين فقال له شريح أتحسن أن توضأ ، قال : نعم ، قال فاحسر عن ذراعيك فذهب يحسر عنهما فلم يستطع فقال له شريح قم فلا شهادة لك . وان أديا الشهادة على غير وجهها مثل أن يقولا بلغنا أن عليه ألفا أو سمعنا ذلك ردت شهادتهما .

وشهد رجل عند شريح فقال أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه حتى مات ، فقال شريح أتشهد أنه قتله ، قال أشهد أنه اتكأ عليه بمرفقه حتى مات ، قال أتشهد أنه قتله ، قال أشهد انه اتكأ عليه بمرفقه حتى مات ، قال قم لا شهادة لك .

وإن كانت شهادة صحيحة وعرف الحاكم عدالتهم قال للمشهود عليه قد شهدا

عليك فإن كان عندك ما يقدح فى شهادتهما فبينه عندى ، فإن سأل الإنظار أنظره اليومين والثلاثة ، فإن لم يجرح حكم عليه لأن الحق قد وضح على وجه لا إشكال فيه وان ارتاب بشهادتهم فرقهم فسأل كل واحد عن شهادته وصفتها فيقول كنت أول من شهد أو كتبت أو لم تكتب وفى أى مكان شهدت ، وفى أى شهر ، وأى يوم ، وهل كنت وحدك أو معك غيرك ، فإن اختلفوا سقطت شهادتهم ، وان اتفقوا بحث عن عدالتهم ويقال أول من فعل هذا دنيال ويقال فعله سليمان وهو صغير .

وروى عن على رضى الله عنه ان سبعة نفر خرجوا ففقد واحد منهم فأتت زوجته علياً فدعى الستة فسألهم عنه فأنكروا ففرقهم وأقام كل واحد عند سارية ووكل به من يحفظه ودعى واحداً منهم فسأله فأنكر فقال الله اكبر فظن الباقون انه قد اعترف فدعاهم فاعترفوا فقال للأول قد شهدوا عليك وانا قاتلك فاعترف فقتلهم ، وإن لم يعرف عدالتهما بحث عنها فإن لم تثبت عدالتهما قال المدعى زدنى شهوداً ، وان لم تكن له بينة عرفه الحاكم ان لك يمينه وليس للحاكم ان يستحلفه قبل مسألة المدعى لأن اليمين حق له فلم يجز استيفاؤها من غير مطالبة مستحقها كنفس الحق فان استحلفه من غير مسألة او بادر المنكر فحلف لم يعتد بيمينه لأنه اتى بها فى غير وقتها ، واذا سألها المدعى اعادها له لأن الاولى لم تكن يمينه ، وان امسك المدعى عن احلاف المدعى عليه ثم اراد احلافه بالدعوى المتقدمة جاز لانه لم يسقط حقه منها وانما اخرها .

وان قال ابرأتك من هذه اليمين سقط حقه منها فى هذه الدعوى وله ان يستأنف الدعوى لان حقه لا يسقط بالابراء من اليمين ، فان استأنف الدعوى فأنكر المدعى عليه فله ان يحلفه لأن هذه الدعوى غير الدعوى التى ابرأه فيها من اليمين فان حلف سقطت الدعوى ولم يكن للمدعى ان يحلفه يميناً اخرى لا فى هذا المجلس ولا فى غيره ، وان كان الحق لجماعة فرضوا بيمين واحد جاز وسقطت دعواهم باليمين لأنها حقهم ولأنه لما جاز ثبوت الحق ببينة واحدة لجماعة جاز سقوطه بيمين واحدة .

وقال القاضي : ويحتمل أن لا يصح حتى يحلف لكل واحد يمينا وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن اليمين حجة في حق الواحد فإذا رضي بها اثنان صارت الحجة في حق كل واحد منهما ناقصة والحجة الناقصة لا تكمل برضى الخصم كما لو رضي أن يحكم عليه بشاهد واحد . والصحيح الاول لأن الحق لهما فإذا رضيا به جاز ولا يلزم من رضاهما بيمين واحدة ان يكون لكل واحد بعض اليمين كما ان الحقوق إذا قامت بها بينه واحدة لا يكون لكل حق بعض البينة . فأما إن حلفه لجميعهم يمينا واحدة بغير رضاهم لم تصح يمينه بلا خلاف نعلمه .

وقد حكى الاصطخرى ان اسماعيل بن اسحاق القاضي حلف رجلا بحق لرجلين يمينا واحدة فخطأه أهل عصره ، وان قال المدعي لي بينة غائبة قال له الحاكم لك يمينه فإن شئت فاستحلفه وان شئت أخرته الى أن تحضر بينتك وليس لك مطالبته بكفيل ولا ملازمته حتى تحضر البينة نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «شاهداك او يمينه ليس لك الا ذلك» فان أحلفه ثم حضرت بينته حكم بها ولم تكن مزيلة للحق، لأن اليمين انما يصار اليها عند عدم البينة فإذا وجدت البينة بطلت اليمين وتبين كذبها ، وان قال لي بينة حاضرة وأريد يمينه ثم أقيم بينتي لم يملك ذلك .

وقال أبو يوسف يستحلفه وان نكل قضى عليه لان في الاستحلاف فائدة وهو أنه ربما نكل فقضى عليه فاغنى عن البينة .

ولنا : قوله عليه السلام « شاهداك أو يمينه ليس لك الا ذلك » وأو للتخيير بين شيئين فلا يكون له الجمع بينهما ولانه أمكن فصل الخصومة بالبينة فلم يشرع غيرها مع ارادة المدعي اقامتها وحضورها كما لو لم يطلب يمينه ولان اليمين بدل فلم يجب الجمع بينها وبين مبدلها كسائر الأبدال مع مبدلاتها .

وان قال المدعي : لا أريد اقامتها وانما أريد يمينه اكتفي بها استحلف لان البينة حقه فإذا رضي باسقاطها وترك اقامتها فله ذلك كنفس الحق فان حلف المدعى عليه ثم أراد المدعي اقامة بينته فهل يملك ذلك ؟ يحتمل وجهين .

أحدهما : له ذلك لان البينة لا تبطل بالاستحلاف كما لو كانت غائبة .

والثاني : ليس له ذلك لانه قد أسقط حقه من اقامتها . ولان تجويز اقامتها يفتح

باب الحيلة لأنه يقول لا أريد إقامتها ليحلف خصمه ثم يقيمها فإن كان له شاهد واحد فى الأموال عرفه الحاكم أن له أن يحلف مع شاهده ويستحق فان قال : لا أحلف أنا وأرضى بيمينه استحلف له فإذا حلف سقط الحق عنه فان عاد المدعى بعدها فقال أنا أحلف مع شاهدى لم يستحلف ولم يسمع منه ، ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعى لأن اليمين فعله وهو قادر عليها فأمكنه أن يسقطها بخلاف البينة ، وان عاد قبل أن يحلف المدعى عليه فبذل اليمين فقال القاضى ليس له ذلك فى هذا المجلس وكل موضع قلنا يستحلف المدعى عليه فان الحاكم يقول له إن حلفت وإلا جعلتك ناكلا وقضيت عليك ثلاثاً فان حلف والا حكم عليه بنكوله إذا سأله المدعى ذلك فان سكت عن جواب الدعوى فلم يقر ولم ينكر حبسه الحاكم حتى يجيب ولا يجعله بذلك ناكلا ذكره القاضى فى المجرد .

وقال أبو الخطاب : يقول له الحاكم إن أجبت وإلا جعلتك ناكلا وحكمت عليك ويكرر ذلك عليه فان أجاب وإلا جعله ناكلا وحكم عليه لأنه ناكل عما توجه عليه الجواب فيه فيحكم عليه بالنكول عنه كاليمين .

« مسألة » قال (واذا حكم على رجل فى عمل غيره فكتب بإنفاذ القضاء عليه الى قاضى ذلك البلد قبل كتابه وأخذ المحكوم عليه بذلك الحق)

الاصل فى كتاب القاضى الى القاضى والامير الى الامير الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (انى ألقى الى كتاب كريم * انه من سليمان وانه بسم الله الرحمن الرحيم * ألا تعلوا على وائتونى مسلمين) .

وأما السنة . فان النبى صلى الله عليه وسلم كتب الى كسرى وقيصر والنجاشى وملوك الأطراف وكان يكتب الى ولاته ويكتب لعماله وسعاته وكان فى كتابه الى قيصر « بسم الله الرحمن الرحيم من محمد رسول الله الى قيصر عظيم الروم أما بعد فاسلم تسلم واسلم يؤتك الله أجراً عظيما فان توليت فان عليك اثم الاريسيين ويا أهل الكتاب تعالوا الى كلمة سواء بيننا وبينكم » .

وروى الضحاك بن سفيان قال : كتب الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ورث امرأة أشيم الضبابى من دية زوجها .

وأجمعت الامة على كتاب القاضى الى القاضى ولأن الحاجة الى قبوله داعية فان من له حق فى بلد غير بلده ولا يمكنه اتيانه والمطالبة به الا بكتاب القاضى فوجب قبوله .

وإذا ثبت هذا : فان كتاب القاضى يقبل فى الأموال وما يقصد به المال ولا يقبل فى الحدود كحق الله تعالى وهل يقبل فيما عدا هذا ؟ على وجهين ، وبهذا قال أصحاب الرأى .

وقال أصحاب الشافعى يقبل فى كل حق لآدمى من الجراح وغيرها وهل يقبل فى الحدود التى لله تعالى ؟ على قولين ، وتمام الكلام فى هذا الفصل يذكر فى الشهادة على الشهادة ان شاء الله تعالى ، والكتاب على ضربين .

أحدهما : أن يكتب بما حكم به وذلك مثل أن يحكم على رجل بحق فيغيب قبل ايفائه أو يدعى حقاً على غائب ويقيم به بينة ويسأل الحاكم الحكم عليه فيحكم عليه ويسأله أن يكتب له كتابا يحمله الى قاضى البلد الذى فيه الغائب فيكتب له اليه، أو تقوم البينة على حاضر فيهرب قبل الحكم عليه فيسأل صاحب الحق الحاكم الحكم عليه وأن يكتب له كتابا بحكمه ففى هذه الصور الثلاث يلزم الحاكم اجابته الى الكتابة ويلزم المكتوب اليه قبوله سواء كانت بينهما مسافة بعيدة أو قريبة حتى لو كانا فى جانبى بلد أو مجلس لزمه قبوله وامضاؤه سواء كان حكما على حاضر أو غائب لا نعلم فى هذا خلافا لان حكم الحاكم يجب امضاؤه على كل حاكم .

الضرب الثانى . أن يكتب بعلمه بشهادة شاهدين عنده بحق لفلان مثل أن تقوم البينة عنده بحق لرجل على آخر ولم يحكم به فيسأله صاحب الحق أن يكتب له كتابا بما حصل عنده فانه يكتب له أيضا .

قال القاضى ويكون فى كتابه : شهد عندى فلان وفلان بكذا وكذا ليكون المكتوب اليه هو الذى يقضى به ولا يكتب ثبت عندى لأن قوله ثبت عندى حكم بشهادتهما فهذا لا يقبله المكتوب اليه الا فى المسافة البعيدة التى هى مسافة القصر ولا يقبله فيما دونها لانه نقل شهادة فاعتبر فيه مايعتبر فى الشهادة على الشهادة ونحو هذا قول الشافعى .

وقال أبو يوسف ومحمد يجوز أن يقبله فى بلده ، وحكى عن أبى حنيفة مثل هذا وقال بعض المتأخرين من أصحابه الذى يقتضيه مذهبه أنه لا يجوز ذلك فى الشهادة على الشهادة واحتج من أجازه بأنه كتاب الحاكم بما ثبت عنده فجاز قبوله مع القرب ككتابه بحكمه :

ولنا أن ذلك نقل الشهادة الى المكتوب اليه فلم يجز مع القرب كالشهادة على الشهادة ويفارق كتابه بالحكم فإن ذلك ليس بنقل وإنما هو خبر وكل موضع يلزمه قبول الكتاب فانه يأخذ المحكوم عليه بالحق الذى حكم عليه به فيبعث اليه فيستدعيه فإن اعترف بالحق أمره بأدائه وألزمه إياه .

وإن قال لست المسمى فى هذا الكتاب فالقول قوله مع يمينه إلا أن يقيم المدعى بينة أنه المسمى فى الكتاب ، وان اعترف أن هذا الاسم اسمه والنسب نسبه والصفة صفته إلا أن الحق ليس هو عليه إنما هو على آخر يشاركه فى الاسم والنسب والصفة فالقول قول المدعى فى نفى ذلك لأن الظاهر عدم المشاركة فى هذا كله فإن اقام المدعى عليه بينة بما ادعاه من وجود مشارك له فى هذا كله أحضره الحاكم وسأله عن الحق فإن اعترف به ألزمه به وتخلص الاول وان أنكره وقف الحكم وكتب الى الحاكم الكاتب يعلمه الحال وما وقع من الاشكال حتى يحضر الشاهدين فيشهدا عنده بما يتميز به المشهود عليه منهما .

وان ادعى المسمى أنه كان فى البلد من يشاركه فى الاسم والصفة وقد مات نظرنا فان كان موته قبل وقوع المعاملة التى وقع الحكم بها أو كان ممن لم يعاصره المحكوم عليه أو المحكوم له لم يقع إشكال وكان وجوده كعدمه .

وان كان موته بعد الحكم أو بعد المعاملة وكان ممن أمكن أن تجرى بينه وبين المحكوم له معاملة فقد وقع الاشكال كما لو كان حياً لجواز أن يكون الحق على الذى مات .

(فصل) واذا كتب الحاكم بثبوت بينة أو إقرار بدين جاز وحكم به المكتوب اليه وأخذ المحكوم عليه به وان كان ذلك عينا كعقار محدود أو عين مشهودة لا تشتبه بغيرها كعبد معروف مشهور أو دابة كذلك حكم به المكتوب

اليه أيضا والزم تسليمه الى المحكوم له به وان كان عينا لا تتميز إلا بالصفة كعبد غير مشهود أو غيره من الاعيان التى لا تتميز إلا بالوصف ففيه وجهان .

أحدهما : لا يقبل كتابه وبه قال أبو حنيفة وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى لان الوصف لا يكفى بدليل أنه لا يصح أن يشهد لرجل بالوصف والتحلية كذلك المشهود به .

والثانى: يجوز لانه ثبت فى الذمة بالعقد على هذه الصفة فأشبه الدين ويخالف المشهود له فانه لا حاجة الى ذلك فيه فان الشهادة له لا تثبت إلا بعد دعواه . ولان المشهود عليه يثبت بالصفة والتحلية فكذلك المشهود به .

فعلى هذا الوجه . ينفذ العين مختومة وإن كان عبد أو امة ختم فى عنقه وبعثه الى القاضى الكاتب ليشهد الشاهدان على عينه فان شهدا عليه دفع الى المشهود له به ، وان لم يشهدا على عينه أو قال المشهود به غير هذا وجب على آخذه رده الى صاحبه ويكون حكمه حكم المغصوب فى ضمانه وضمان نقصه ومنفعته فيلزمه أجره إن كان له أجر من يوم أخذه الى أن يصل الى صاحبه لانه أخذه من صاحبه قهراً بغير حق .

(فصل) ومن استوفى الحق من المحكوم عليه فقال للحاكم عليه اكتب لى محضرا بما جرى لئلا يلقانى خصمى فى موضع آخر فيطالبنى به مرة أخرى ففيه وجهان .

أحدهما : تلزمه إجابته ليتخلص من المحذور الذى يخافه .

والثانى: لا تلزمه لان الحاكم إنما يكتب بما ثبت عنده أو حكم به فأما استئناف ابتداء فيكفيه فيه الاشهاد فيطالبه أن يشهد على نفسه بقبض الحق لان الحق ثبت عليه بالشهادة والاول أصح لانه قد حكم عليه بهذا الحق ويخاف الضرر بدون المحضر فأشبه ما حكم به ابتداء ، وان طالب المحكوم له بدفع الكتاب الذى ثبت به الحق لم يلزمه دفعه اليه لانه ملكه فلا يجب عليه دفعه الى غيره وكذلك كل من له كتاب بدين فاستوفاه أو عقار فباعه لايلزمه دفع الكتاب لانه ملكه ولانه يجوز أن يخرج ما قبضه مستحقا فيعود الى ماله .

(فصل) ويقبل الكتاب من قاضى مصر إلى قاضى مصر والى قاضى قرية ومن قاضى قرية إلى قاضى قرية وقاضى مصر ومن القاضى الى خليفته ومن خليفته اليه لأنه كتاب من قاض الى قاض فأشبه ما لو استويا ، ويجوز أن يكتب الى قاضى معين والى من وصله كتابى من قضاة المسلمين وحكامهم من غير تعيين ، ويلزم من وصله قبوله وبهذا قال أبو ثور واستحسنه أبو يوسف ، وقال أبو حنيفه لا يجوز أن يكتب الى غير معين . ولنا أنه كتاب حاكم من ولايته وصل الى حاكم فلزمه قبوله كما لو كان الكاتب إليه بعينه .

فصل وصفة الكتاب

بسم الله الرحمن الرحيم

سبب هذا الكتاب أطال الله بقاء من يصل اليه من قضاة المسلمين وحكامهم انه ثبت عندى فى مجلس حكمى وقضائى الذى اتولاه بمكان كذا ، وان كان نائباً قال الذى انوب فيه عن القاضى فلان بمحضر من خصمين مدع ومدعى عليه جاز استماع الدعوى منهما وقبول البينة من احدهما على الآخر بشهادة فلان وفلان وهما من الشهود المعدلين عندى عرفتهما وقبلت شهادتهما بما رأيت معه قبولها معرفة فلان بن فلان الفلانى بعينه واسمه ونسبه فان كان فى اثبات اسر اسير قال وان الفرنج خذلهم الله اسروه بمكان كذا فى وقت كذا واخذوه الى مكان كذا وهو مقيم تحت حوطتهم أبادهم الله وانه رجل فقير من فقراء المسلمين ليس له شيء من الدنيا ولا يقدر على فكاك نفسه ولا على شيء منه وانه مستحق للصدقة على ما يقتضيه كتاب المحضر المشار اليه المتصل اوله بآخر كتابى هذا المؤرخ بكذا .

وان كان فى اثبات دين كتب وانه استحق فى ذمة فلان بن فلان الفلانى ويرفع فى نسبه ويصفه بما يتميز به من الدين كذا وكذا ديناً عليه حالا وحقا واجبا لازما وانه يستحق مطالبته واستيفاءه منه .

وان كان فى اثبات عين كتب وانه مالك لما فى يدى فلان من الشيء الفلانى ويصفه صفة يتميز بها ، مستحق لأخذه وتسليمه على ما يقتضيه كتاب المحضر المتصل بآخر كتابى هذا المؤرخ بتاريخ كذا ، وقال الشاهدان المذكوران انهما بما شهدا به عالمان وله محققان وانهما لا يعلمان خلاف ما شهدا به الى حين

أقاما الشهادة عندى فأمضيت ما ثبت عندى من ذلك وحكمت بموجبه بسؤال من جازت مسألته ، وسألنى من جاز سؤاله وسوغت الشريعة المطهرة إجابته المكاتبة بذلك الى القضاة والحكام فأجبته الى ملتمسه لجوازه له شرعا ، وتقدمت بهذا الكتاب فكتب وبالصاق المحضر المشار اليه فألصق ، فمن وقف عليه منهم وتأمل ما ذكرته وتصفح ما سطرته واعتمد فى إنفاذه والعمل بموجب ما يوجبه الشرع المطهر أحرز من الأجر أجزله وكتب من مجلس الحكم المحروس من مكان كذا فى وقت كذا ولا يشترط أن يذكر القاضى اسمه فى العنوان ولا ذكر اسم المكتوب اليه فى باطنه ، وبهذا قال الشافعى

وقال أبو حنيفة : اذا لم يذكر اسمه فلا يقبل ، لأن الكتاب ليس اليه ولا يكفى ذكر اسمه فى العنوان دون باطنه لأن ذلك لم يقع على وجه المخاطبة .

ولنا أن المعول فيه على شهادة الشاهدين على القاضى الكاتب بالحكم ، وذلك لا يقدح فيها ، ولو ضاع الكتاب أو امتحى سمعت شهادتهما وحكم بها .

« مسألة » قال ﴿ ولا يقبل الكتاب الا بشهادة عدلين يقولان قرأه علينا أو قرىء عليه بحضرتنا فقال اشهدا علىّ أنه كتابى الى فلان ﴾

وجملته انه يشترط لقبول كتاب القاضى شروط ثلاثة : أحدها أن يشهد به شاهدان عدلان ولا يكفى معرفة المكتوب اليه خط الكاتب وختمه ، ولا يجوز له قبوله بذلك فى قول أئمة الفتوى .

وحكى عن الحسن وسوار والعنبرى أنهم قالوا : اذا كان يعرف خطه وختمه قبله ، وهو قول أبى ثور والاصطخرى ، ويتخرج لنا مثله بناء على قوله فى الوصية اذا وجدت بخطه لأن ذلك تحصل به غلبة الظن فأشبه شهادة الشاهدين

ولنا أن ما أمكن اثباته بالشهادة لم يجز الاقتصار فيه على الظاهر كإثبات العقود ، ولأن الخط يشبه الخط والختم يمكن التزوير عليه ويمكن الرجوع الى الشهادة فلم يعول على الخط : كالشاهد لا يعول فى الشهادة على الخط ، وفى هذا انفصال عما ذكروه .

اذا ثبت هذا فإن القاضى اذا كتب الكتاب دعا رجلين يخرجان الى البلد

الذى فيه القاضى المكتوب اليه فيقرأ عليهما الكتاب أو يقرؤه غيره عليهما والأحوط أن ينظرا معه فيما يقرؤه فإن لم ينظرا جاز لأنه لا يستقرأ إلا ثقة فإذا قرىء عليهما قال : اشهدا على أن هذا كتابى الى فلان ، وان قال : اشهدا على بما فيه كان أولى ، وان اقتصر على قوله : هذا كتابى إلى فلان ، فظاهر كلام الخرقى أنه لا يجزىء لأنه يحملهما الشهادة فاعتبر فيه أن يقول : اشهدا على كالشهادة على الشهادة .

وقال القاضى : يجزىء ، وهو مذهب الشافعى ، ثم ان كان ما فى الكتاب قليلا اعتمد على حفظه ، وإن كثر فلم يقدرا على حفظه كتب كل واحد منهما مضمونه وقابل بها لتكون معه يذكر بها ما يشهد به ، ويقبضان الكتاب قبل أن يغيبا لئلا يدفع اليهما غيره ، فإذا وصل الكتاب معهما اليه قرأه الحاكم أو غيره عليهما ، فإذا سمعاه قالا نشهد أن هذا كتاب فلان القاضى اليك أشهدنا على نفسه بما فيه لأنه قد يكون كتابه غير الذى أشهدهما عليه .

قال أبو الخطاب : ولا يقبل إلا أن يقولا : نشهد أن هذا كتاب فلان لأنها أداء شهادة فلا بد فيها من لفظ الشهادة . ويجب أن يقولا من عمله لان الكتاب لا يقبل إلا اذا وصل من مجلس عمله ، وسواء وصل الكتاب مختوما أو غير مختوم ، مقبولا أو غير مقبول ، لان الاعتماد على شهادتهما لا على الخط والختم ، فإن امتحى الكتاب وكانا يحفظان ما فيه جاز لهما أن يشهدا بذلك ، وان لم يحفظا ما فيه لم تمكنهما الشهادة .

وقال أبو حنيفة وأبو ثور : لا يقبل الكتاب حتى يشهد شاهدان على ختم القاضى . ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم كتب كتابا الى قيصر ولم يختمه ، فقيل له انه لا يقرأ كتاباً غير مختوم فاتخذ الخاتم ، واقتصاره على الكتاب دون الختم دليل على أن الختم ليس بشرط فى القبول ، وإنما فعله النبى صلى الله عليه وسلم ليقرءوا كتابه ، ولأنهما شهدا بما فى الكتاب وعرفا ما فيه فوجب قبوله كما لو وصل مختوما وشهدا بالختم .

إذا ثبت هذا فإنه انما يعتبر ضبطهما لمعنى الكتاب وما يتعلق به الحكم . قال الاثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن قوم شهدوا على صحيفة وبعضهم ينظر

فيها وبعضهم لا ينظر ، قال إذا حفظ فليشهد ، قيل كيف يحفظ وهو كلام كثير ؟ قال يحفظ ما كان عليه الكلام والوضع ، قلت يحفظ المعنى ؟ قال نعم ، قيل له والحدود والثمن وأشباه ذلك ؟ قال نعم ، ولو أدرج الكتاب وختمه وقال هذا كتابي اشهدا علىّ بما فيه أو قد أشهدتكما على نفسي بما فيه لم يصح هذا التحمل ، وبه قال أبو حنيفة والشافعي .

وقال أبو يوسف : إذا ختمه بختمه وعنوانه جاز أن يتحملا الشهادة عليه مدرجاً فإذا وصل الكتاب شهدا عنده أنه كتاب فلان ، ويتخرج لنا مثل هذا لأنهما شهدا بما في الكتاب فجاز وان لم يعلما تفصيله ، كما لو شهدا لرجل بما في هذا الكيس من الدراهم جازت الشهادة وإن لم يعرفا قدرها .

ولنا أنهما شهدا بمجهول لا يعلمانه فلم تصح شهادتهما ، كما لو شهدا أن لفلان على فلان مالا ، وفارق ما ذكره فإن تعيينه الدراهم التي في الكيس أغنى عن معرفة قدرها وههنا الشهادة على ما في الكتاب دون الكتاب وهما لا يعرفانه .

الشرط الثاني : أن يكتبه القاضي من موضع ولايته وحكمه ، فإن كتبه من غير ولايته لم يسغ قبوله لأنه لا يسوغ له في غير ولايته حكم فهو فيه كالعامي .

الشرط الثالث : أن يصل الكتاب الى المكتوب اليه في موضع ولايته ، فإن وصله في غيره لم يكن له قبوله حتى يصير الى موضع ولايته ، ولو ترافع اليه خصمان في غير موضع ولايته لم يكن له الحكم بينهما بحكم ولايته إلا أن يتراضيا به فيكون حكمه حكم غير القاضي إذا تراضيا به . وسواء كان الخصمان من أهل عمله أو لم يكونا ، ولو ترافع اليه خصمان وهو في موضع ولايته من غير أهل ولايته كان له الحكم بينهما لأن الاعتبار بموضعهما إلا أن يأذن الامام لقاض أن يحكم بين أهل ولايته حيث كانوا ويمنعه من الحكم بين غير أهل ولايته حيثما كان فيكون الأمر على ماأذن فيه ومنع منه لأن الولاية بتوليته فيكون الحكم على وفقها

(فصل في تغيير حال القاضي) ولا يخلو من أن يتغير حال الكاتب أو المكتوب اليه أو حالهما معا ، فإن تغيرت حال الكاتب بموت أو عزل بعد أن كتب الكتاب وأشهد على نفسه لم يقدح في كتابه ، وكان على من وصله الكتاب

قبوله والعمل به سواء تغيرت حاله قبل خروج الكتاب من يده أو بعده ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة لا يعمل به في الحالين

وقال أبو يوسف : إن مات قبل خروجه من يده لم يعمل به ، وان مات بعد خروجه من يده عمل به ، لأن كتاب الحاكم بمنزلة الشهادة على الشهادة لأنه ينقل شهادة شاهدى الأصل فإذا مات قبل وصول الكتاب صار بمنزلة موت شاهدى الفرع قبل أداء شهادتهما .

ولنا أن المعول في الكتاب على الشاهدين اللذين يشهدان على الحاكم وهما حيان فيجب أن يقبل كتابه كما لو لم يمت ، ولأن كتابه ان كان فيما حكم به فحكمه لا يبطل بموته وعزله ، وان كان فيما ثبت عنده بشهادة فهو أصل واللذان شهدا عليه فرع ولا تبطل شهادة الفرع بموت شاهد الاصل ، وما ذكروه حجة عليهم لأن الحاكم قد أشهد على نفسه وإنما يشهد عند المكتوب اليه شاهدان عليه وهما حيان وهما شاهدا الفرع ، وليس موته مانعا من شهادتهما فلا يمنع قبولها كموت شاهدى الأصل .

وإن تغيرت حاله بفسق قبل الحكم بكتابته لم يجز الحكم به لأن حكمه بعد فسقه لا يصح فكذلك لا يجوز الحكم بكتابه ، ولان بقاء عدالة شاهدى الأصل شرط في صحة الحكم بشاهدى الفرع ، فكذلك بقاء عدالة الحاكم لأنه بمنزلة شاهدى الأصل ، فإن فسق بعد الحكم بكتابه لم يتغير ، كما لو حكم بشيء ثم بان فسقه فإنه لا ينقض ما مضى من أحكامه كذا ههنا

وأما ان تغيرت حال المكتوب اليه بأى حال كان من موت أو عزل أو فسق فلمن وصل اليه الكتاب ممن قام مقامه قبول الكتاب والعمل به ، وبه قال الحسن حكى عنه أن قاضى الكوفة كتب إلى إياس بن معاوية قاضى البصرة كتابا فوصل وقد عزل وولى الحسن فعمل به .

وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يعمل به لأن كتاب القاضي بمنزلة الشهادة على الشهادة عند المكتوب اليه ، واذا شهد شاهدان عند قاض لم يحكم بشهادتهما غيره .

ولنا أن المعول على شهادة الشاهدين بحكم الاول أو ثبوت الشهادة عنده وقد

شهدا عند الثانى فوجب أن يقبل كالأول . وقولهم انه شهادة عند الذى مات ليس بصحيح ، فإن الحاكم الكاتب ليس بفرع ولو كان فرعا لم يقبل وحده ، وإنما الفرع الشاهدان اللذان شهدا عليه وقد أديا الشهادة عند المتجدد، ولو ضاع الكتاب فشهدا بذلك عند الحاكم المكتوب إليه قبل، فدل ذلك على أن الاعتبار بشهادتهما دون الكتاب وقياس ما ذكرناه أن الشاهدين لو حملا الكتاب الى غير المكتوب إليه فى حال حياته ، وشهدا عنده عمل به لما بيناه ، وان كان المكتوب اليه خليفة للكاتب ، فمات الكاتب أو عزل انعزل المكتوب اليـه لانه نائب عنه فينعزل بعزله وموته، كوكلائه . وقال بعض أصحاب الشافعى : لا ينعزل خليفته، كما لا ينعزل القاضى الأصلى بموت الامام ولا عزله .

ولنا ما ذكرناه : ويفارق الإمام ، لأن الامام يعقد القضاء والإمارة للمسلمين فلم يبطل ما عقده لغيره ، كما لو مات الولى فى النكاح لم يبطل النكاح ، ولهذا ليس للامام أن يعزل القاضى من غير تغير حاله ، ولا ينعزل إذا عزله بخلاف نائب الحاكم فإنه تنعقد ولايته لنفسه نائبا عنه فملك عزله ، ولان القاضى لو انعزل بموت الامام لدخل الضرر على المسلمين لانه يفضى الى عزل القضاة فى جميع بلاد المسلمين وتتعطل الاحكام ، واذا ثبت أنه لا ينعزل فليس له قبول الكتاب لانه حينئذ ليس بقاض .

« مسألة » قال (ولا تقبل الترجمة عن أعجمى تحاكم اليه اذا لم يعرف لسانه إلا من عدلين يعرفان لسانه) .

وجملته : أنه اذا تحاكم الى القاضى العربى أعجميان لا يعرف لسانهما ، أو أعجمى وعربى فلا بد من مترجم عنهما . ولا تقبل الترجمة الا من اثنين عدلين . وبهذا قال الشافعى : وعن أحمد رواية أخرى أنها تقبل من واحد وهو اختيار أبى بكر عبد العزيز وابن المنذر وقول أبى حنيفة . وقال ابن المنذر فى حديث زيد ابن ثابت « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يتعلم كتاب يهود ؛ قال : فكنت أكتب له اذا كتب اليهم وأقرأ له اذا كتبوا ، ولانه مما لا يفتقر الى لفظ الشهادة فأجزأ فيه الواحد كاخبار الديانات .

ولنا : أنه نقل ما خفى على الحاكم اليه فيما يتعلق بالمتخاصمين فوجب فيه العدد كالشهادة ، ويفارق اخبار الديانات فإنها لا تتعلق بالمتخاصمين . ولا نسلم أنه لا يعتبر فيه لفظ الشهادة ، ولان ما لا يفهمه الحاكم وجوده عنده كعدمه ، فإذا ترجم له كان كنقل الإقرار اليه من غير مجلسه ، ولا يقبل ذلك الا من شاهدين . كذا ههنا ، فعلى هذه الرواية : تكون الترجمة شهادة تفتقر الى العدد والعدالة ، ويعتبر فيها من الشروط ما يعتبر فى الشهادة على الإقرار بذلك الحق ، فإن كان مما يتعلق بالحدود والقصاص اعتبر فيه الحرية ، ولم يكف الا شاهدان ذكران . وان كان مما لا يتعلق بها كفى فيه ترجمة رجل وامرأتين ، ولم تعتبر الحرية فيه ، وان كان فى حد زنا خرج فى الترجمة فيه وجهان .

أحدهما : لا يكفى فيه أقل من أربعة رجال أحرار عدول . والثانى : يكفى فيه اثنان بناء على الروايتين فى الشهادة على الاقرار به ، ويعتبر فيه لفظ الشهادة لانه شهادة ، وان قلنا : يكفى فيه واحد فلا بد من عدالته ، ولا تقبل من كافر ولا فاسق ، وتقبل من العبد لانه من أهل الشهادة والرواية . وقال أبو حنيفة : لا تقبل من العبد لانه ليس من أهل الشهادة .

ولنا : أنه خبر يكفى فيه قول الواحد فيقبل فيه خبر العبد ، كأخبار الديانات ولا نسلم أن هذا شهادة ، ولا أن العبد ليس من أهل الشهادة ولا يعتبر فيه لفظ الشهادة كالرواية ، وعلى هذا الاصل ينبغى أن تقبل ترجمة المرأة اذا كانت من أهل العدالة لأن روايتها مقبولة .

(فصـــل) والحكم فى التعريف والرسالة والجرح والتعديل كالحكم فى الترجمة ، وفيها من الخلاف ما فيها ، ذكره الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ، وقد ذكرنا الجرح والتعديل فيما مضى

« مسألة » قال (واذا عزل فقال : كنت حكمت فى ولايتى لفلان على فلان بحق قبل قوله وأمضى ذلك الحق)

وبهذا قال اسحاق : قال أبو الخطاب ويحتمل أن لا يقبل قوله ، وقول القاضى فى فروع هذه المسألة يقتضى أن لا يقبل قوله ههنا ، وهو قول أكثر الفقهاء ،

لأن من لا يملك الحكم لا يملك الإقرار به كمن أقر بعتق عبد بعد بيعه ثم اختلفوا فقال الاوزاعى وابن أبى ليلى : هو بمنزلة الشاهد إذا كان معه شاهد آخر قبل : وقال أصحاب الرأى : لا يقبل الا شاهدان سواه يشهدان بذلك ، وهو ظاهر مذهب الشافعى لان شهادته على فعل نفسه لا تقبل

ولنا أنه لو كتب الى غيره ثم عزل ووصل الكتاب بعد عزله لزم المكتوب اليه قبول كتابه بعد عزل كاتبه ، فكذلك ههنا ، ولأنه أخبر بما حكم به وهو غير متهم فيجب قبوله كحال ولايته .

فصل

فأما ان قال فى ولايته : كنت حكمت لفلان بكذا قبل قوله ، سواء قال قضيت عليه بشاهدين عدلين . أو قال سمعت بينته وعرفت عدالتهم ، أو قال قضيت عليه بنكوله ، أو قال أقر عندى فلان لفلان بحق فحكمت به ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأبو يوسف .

وحكى عن محمد بن الحسن أنه لا يقبل حتى يشهد معه رجل عدل ، لأنه فيه اخباراً بحق على غيره فلم يقبل قول واحد كالشهادة

ولنا انه يملك الحكم فملك الإقرار به كالزوج اذا أخبر بالطلاق ، والسيد اذا أخبر بالعتق ، ولأنه لو أخبر انه رأى كذا وكذا لحكم به فقبل كذا ههنا ، وفارق الشهادة فإن الشاهد لا يملك اثبات ما أخبر به

فأما ان قال : حكمت بعلمى أو بالنكول أو بشاهد ويمين فى الاموال فإنه يقبل أيضا . وقال الشافعى : لا يقبل قوله فى القضاء بالنكول ، وينبنى قوله حكمت عليه بعلمى على القولين فى جواز القضاء بعلمه لأنه لا يملك الحكم بذلك ، فلا يملك الإقرار به .

ولنا أنه أخبر بحكمه فيما لو حكم به لنفذ حكمه ، فوجب قبوله كالصور التى تقدمت ، ولانه حاكم أخبر بحكمه فى ولايته فوجب قبوله كالذى سلمه ، ولان الحاكم اذا حكم فى مسألة يسوغ فيها الاجتهاد لم يسغ نقض حكمه ولزم غيره امضاؤه والعمل به فصار بمنزلة الحكم بالبينة العادلة ، ولا نسلم ما ذكره ، وان قال . حكمت لفلان على فلان بكذا ، ولم يضف حكمه الى بينة ولا غيرها وجب

قبوله وهو ظاهر مسألة الخرقى ، فإنه لم يذكر ما ثبت به الحكم ، وذلك لأن الحاكم متى ما حكم بحكم يسوغ فيه الاجتهاد وجب قبوله وصار بمنزلة ما أجمع عليه .

(فصل) وإذا أخبر القاضى بحكمه فى غير موضع ولايته فظاهر كلام الخرقى أن قوله مقبول وخبره نافذ ، لأنه إذا قبل قوله بحكمه بعد العزل وزوال ولايته بالكلية فلأن يقبل مع بقائها فى غير موضع ولايته أولى .

وقال القاضى . لا يقبل قوله ، وقال : لو اجتمع قاضيان فى غير ولايتهما ، كقاضى دمشق وقاضى مصر اجتمعا فى بيت المقدس . فأخبر أحدهما الآخر بحكم حكم به أو شهادة ثبتت عنده لم يقبل أحدهما قول صاحبه ويكونان كشاهدين أخبر أحدهما الآخر بما عنده ، وليس له أن يحكم به إذا رجع إلى عمله لأنه خبر من ليس بقاض فى موضعه .

وإن كانا جميعا فى عمل أحدهما كأنهما اجتمعا جميعا فى دمشق ، فإن قاضى دمشق لا يعمل بما أخبره به قاضى مصر لأنه يخبره فى غير عمله ، وهل يعمل قاضى مصر بما أخبره به قاضى دمشق إذا رجع الى مصر ؟ فيه وجهان بناء على القاضى : هل له أن يقضى بعلمه ؟ على روايتين ، لأن قاضى دمشق أخبره به فى عمله ، ومذهب الشافعى فى هذا كقول القاضى ههنا .

(فصل)

إذا ولى الإمام قاضيا ثم مات لم ينعزل ، لأن الخلفاء رضى الله عنهم ولوا حكاما فى زمنهم فلم ينعزلوا بموتهم ، ولأن فى عزله بموت الامام ضرراً على المسلمين فإن البلدان تتعطل من الحكام وتقف أحكام الناس إلى أن يولى الامام الثانى حاكما وفيه ضرر عظيم ، وكذلك لا ينعزل القاضى إذا عزل الامام لما ذكرنا فأما ان عزله الامام الذى ولاه أو غيره ففيه وجهان :

أحدهما لا ينعزل ، وهو مذهب الشافعى لأنه عقده لمصلحة المسلمين فلم يملك عزله مع سداد حاله ، كما لو عقد النكاح على موليته لم يكن له فسخه

والثانى : له عزله لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لأعزلن أبا مريم وأولين رجلا إذا رآه الفاجر فرقه ، فعزله عن قضاء البصرة وولى كعب بن سوار مكانه ، وولى على رضى الله عنه أبا الأسود ثم عزله ، فقال لم عزلتنى وما خنت

ولا جنيت ؟ فقال : إنى رأيتك يعلو كلامك على الخصمين ، ولأنه يملك عزل أمرائه وولاته على البلدان ، فكذلك قضاته

وقد كان عمر رضى الله عنه يولى ويعزل ، فعزل شرحبيل بن حسنة عن ولايته فى الشام وولى معاوية ، فقال له شرحبيل : أمن جبن عزلتنى أو خيانة ؟ قال : من كل لا ، ولكن أردت رجلا أقوى من رجل . وعزل خالد بن الوليد وولى أبا عبيدة ، وقد كان يولى بعض الولاة الحكم مع الإمارة ، فولى أبا موسى البصرة قضاءها وامرتها . ثم كان يعزلهم هو ومن لم يعزله عزله عثمان بعده إلا القليل منهم فعزل القاضى أولى ويفارق عزله بموت من ولاه أو عزله لأن فيه ضرراً وهمنا لا ضرر فيه لأنه لا يعزل قاضيا حتى يولى آخر مكانه ، ولهذا لا ينعزل الوالى بموت الامام وينعزل بعزله ، وقد ذكر ابو الخطاب فى عزله بالموت أيضا وجهين ، والأولى إن شاء الله تعالى ما ذكرناه

فأما ان تغيرت حال القاضى بفسق أو زوال عقل أو مرض يمنعه من القضاء أو اختل فيه بعض شروطه فإنه ينعزل بذلك ويتعين على الامام عزله وجها واحدا

فصل

وللامام تولية القضاء فى بلده وغيره ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم ولى عمر ابن الخطاب القضاء وولى علياً ومعاذاً ، وقال عثمان بن عفان لابن عمر : ان أباك قد كان يقضى وهو خير منك . قال : ان أبى قد كان يقضى وان أشكل عليه شىء سأل عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر الحديث . رواه عمر بن شبة فى كتاب قضاة البصرة .

وروى سعيد فى سننه عن عمرو بن العاص قال « جاء خصمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لى : يا عمرو اقض بينهما ، قلت : أنت أولى بذلك منى يا رسول الله ، قال : ان أصبت القضاء بينهما فلك عشر حسنات ، وان أخطأت فلك حسنة » وعن عقبة بن عامر مثله ، ولأن الامام يشتغل بأشياء كثيرة من مصالح المسلمين فلا يتفرغ للقضاء بينهم ، فإذا ولى قاضيا استحب أن يجعل له أن يستخلف لأنه قد يحتاج الى ذلك ، فإذا أذن له فى الاستخلاف جاز له بلا خلاف نعلمه ، وان نهاه عنه لم يكن له أن يستخلف لان ولايته بإذنه فلم يكن له ما نهاه

عنه كالوكيل ، وان أطلق فله الاستخلاف ، ويحتمل أن لا يكون له ذلك ، لأنه يتصرف بالإذن ، فلم يكن له ما لم يأذن فيه كالوكيل . ولأصحاب الشافعي في هذا وجهان .

ووجه الاول : أن الغرض من القضاء الفصل بين المتخاصمين ، فإذا فعله بنفسه أوبغيره جاز كالو أذن له ويفارق التوكيل لأن الامام يولى القضاء المسلمين لا لنفسه بخلاف التوكيل ، فان استخلف في موضع ليس له الاستخلاف لحكمه حكم من لم يول .

(فصل) ويجوز أن يولى قاضياً عموم النظر في خصوص العمل فيقلده النظر في جميع الاحكام في بلد بعينه فينفذ حكمه فيمن سكنه ومن أتى اليه من غير سكانه ويجوز ان يقلده خصوص النظر في عموم العمل فيقول : جعلت اليك الحكم في المداينات خاصة في جميع ولايتي ، ويجوز أن يجعل حكمه في قدر من المال نحو ان يقول : احكم في المائة فما دونها ، فلا ينفذ حكمه في أكثر منها . ويجوز ان يوليه عموم النظر في عموم العمل وخصوص النظر في خصوص العمل .

ويجوز أن يولى قاضيين وثلاثة في بلد واحد يجعل لكل واحد عملا فيولى أحدهم عقود الأنكحة والآخر الحكم في المداينات وآخر النظر في العقار ، ويجوز أن يولى كل واحد منهم عموم النظر في ناحية من نواحي البلد ، فان قلد قاضيين أو أكثر عملا واحداً في مكان واحد ففيه وجهان . أحدهما : لا يجوز . اختاره أبو الخطاب وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي ، لانه يؤدي الى إيقاف الحكم والخصومات لانهما يختلفان في الاجتهاد ويرى أحدهما ما لا يرى الآخر . والآخر يجوز ذلك وهو قول أصحاب أبي حنيفة وهو أصح ان شاء الله تعالى ، لانه يجوز أن يستخلف في البلدة التي هو فيها فيكون فيها قاضيان ؛ فجاز ان يكون فيها قاضيان أصليان ، ولان الغرض فصل الخصومات وايصال الحق الى مستحقه وهذا يحصل فأشبه القاضي ، ولانه يجوز للقاضي أن يستخلف خليفتين في موضع واحد فالإمام أولى لان توليته أقوى .

وقولهم : يفضي الى ايقاف الحكومات غير صحيح فان كل حاكم يحكم

باجتهاده بين المتخاصمين إليه وليس للآخر الاعتراض عليه ولا نقض حكمه فيما خالف اجتهاده .

(فصل) وإذا قال الامام : من نظر فى الحكم من فلان وفلان فقد وليته لم تنعقد الولاية لمن نظر لأنه علقها على شرط ولم يعين بالولاية أحداً منهم ، ويحتمل أن تنعقد الولاية لمن نظر ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد فإن قتل فأميركم جعفر ، فإن قتل فأميركم عبد الله بن رواحة » فعلق ولاية الامارة على شرط فكذلك ولاية الحكم

وإن قال : وليت فلانا وفلانا فأيهما نظر فهو خليفتي ، انعقدت الولاية لمن نظر منهم لأنه عقد الولاية لهما جميعا .

(فصل) ولا يجوز أن يقلد القضاء لواحد على أن يحكم بمذهب بعينه ، وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافا لان الله تعالى قال (فاحكم بين الناس بالحق) والحق لا يتعين فى مذهب . وقد يظهر له الحق فى غير ذلك المذهب . فإن قلده على هذا الشرط بطل الشرط ، وفى فساد التولية وجهان بناء على الشروط الفاسدة فى البيع .

(فصل) وان فوض الامام الى إنسان تولية القضاء جاز ، لأنه يجوز أن يتولى ذلك فجاز له التوكيل فيه كالبيع ، وان فوض اليه اختيار قاضى جاز ولا يجوز له اختيار نفسه ولا والده ولا ولده ، كما لو وكله فى الصدقة بمال لم يجز له أخذه ولا دفعه إلى هذين، ويحتمل أنه يجوز له اختيارهما إذا كانا صالحين للولاية لانهما يدخلان فى عموم من أذن له فى الاختيار منه مع أهليتهما فأشبها الاجانب

(فصل)

وليس للحاكم أن يحكم لنفسه كما لا يجوز أن يشهد لنفسه ، فإن عرضت له حكومة مع بعض الناس جاز أن يحاكمه الى بعض خلفائه أو بعض رعيته ، فإن عمر حاكم أبيا الى زيد ؛ وحاكم رجلا عراقيا الى شريح ؛ وحاكم على اليهودى الى شريح ، وحاكم عثمان طلحة الى جبير بن مطعم ، فإن عرضت حكومة لوالديه أو ولده أو من لا تقبل شهادته له ففيه وجهان :

أحدهما لا يجوز له الحكم فيها بنفسه ، وإن حكم له لم ينفذ حكمه ، وهذا قول أبي حنيفة والشافعي لأنه لا تقبل شهادته له فلم ينفذ حكمه له كنفسه

والثاني : ينفذ حكمه ، اختاره أبو بكر وهو قول أبي يوسف وابن المنذر وأبي ثور لأنه حكم لغيره أشبه الأجانب . وعلى القول الأول متى عرضت لهؤلاء حكومة حكم بينهم الإمام أو حاكم آخر أو بعض خلفائه ، فإن كانت الخصومة بين والديه أو ولديه أو والده وولده لم يجز له الحكم بينهما على أحد الوجهين لأنه لا تقبل شهادته لأحدهما على الآخر فلم يجز الحكم بينهما كما لو كان خصمه أجنبيا وفي الآخر يجوز ، وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأنهما سواء عنده فارتفعت تهمة الميل فأشبها الأجنبيين .

(فصل)

وإذا تحاكم رجلان إلى رجل حكماه بينهما ورضياه وكان ممن يصلح للقضاء فحكم بينهما جاز ذلك ونفذ حكمه عليهما ، وبهذا قال أبو حنيفة . وللشافعي قولان أحدهما لا يلزمهما حكمه إلا بتراضيهما ، لان حكمه إنما يلزم بالرضا به ولا يكون الرضى إلا بعد المعرفة بحكمه .

ولنا ما روى أبو شريح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له « ان الله هو الحكم فلم تكنى أبا الحكم» قال ان قومي إذا اختلفوا في شيء أتوني فحكمت بينهم ورضي على الفريقان . قال ما أحسن هذا ، فمن أكبر ولدك ؟ قال شريح . قال فأنت أبو شريح » أخرجه النسائي

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من حكم بين اثنين تراضيا به فلم يعدل بينهما فهو ملعون » ولولا أن حكمه يلزمهما لما لحقه هذا الذم ، ولأن عمر وأبياً تحاكما الى زيد ، وحاكم عمر أعرابيا إلى شريح قبل أن يوليه ، وتحاكم عثمان وطلحة الى جبير بن مطعم ولم يكونوا قضاة

فإن قيل : فعمر وعثمان كانا امامين فإذا ردا الحكم الى رجل صار قاضيا . قلنا لم ينقل عنهما الا الرضا بتحكيمه خاصة ، وبهذا لا يصير قاضيا ، وما ذكروه يبطل بما اذا رضي بتصرف وكيله فإنه يلزمه قبل المعرفة به .

اذا ثبت هذا فإنه لا يجوز نقض حكمه فيما لا ينقض به حكم من له ولاية ،

وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : للحاكم نقضه إذا خالف رأيه لأن هذا عقد في حق الحاكم فملك فسخه كالعقد الموقوف في حقه .

ولنا أن هذا حكم صحيح لازم فلم يجز فسخه لمخالفته رأيه كحكم من له ولاية ، وما ذكروه غير صحيح فإن حكمه لازم للخصمين فكيف يكون موقوفا ؟ ولو كان كذلك لملك فسخه وإن لم يخالف رأيه ، ولا نسلم الوقوف في العقود

إذا ثبت هذا فإن لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم لأنه لا يثبت إلا برضاه ، فأشبه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف وإن رجع بعد شروعه ففيه وجهان . أحدهما له ذلك لأن الحكم لم يتم أشبه قبل الشروع . والثاني : ليس له ذلك لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم مالا يوافقه رجع فبطل المقصود به

(فصـــل)

قال القاضي : وينفذ حكم من حكماه في جميع الأحكام إلا أربعة أشياء : النكاح واللعان والقذف والقصاص : لأن لهذه الاحكام مزية على غيرها فاختص الإمام بالنظر فيها ونائبه يقوم مقامه وقال أبو الخطاب : ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ حكمه فيها ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وإذا كتب هذا القاضي بما حكم به كتابا الى قاض من قضاة المسلمين لزمه قبوله وتنفيذ كتابه لانه حاكم نافذ الاحكام فلزم قبول كتابه كحاكم الإمام .

« مسألة » قال ﴿ ويحكم على الغائب اذا صح الحق عليه ﴾

وجملته أن من ادعى حقا على غائب في بلد آخر وطلب من الحاكم سماع البينة والحكم بها عليه فعلى الحاكم اجابته اذا كملت الشرائط وبهذا قال شبرمة ومالك والاوزاعي والليث وسوار وأبو عبيد واسحاق وابن المنذر ، فكان شريح لا يرى القضاء على الغائب . وعن أحمد مثله ، وبه قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة وأصحابه . وروى ذلك عن القاسم والشعبي ، الا أن أبا حنيفة قال : اذا كان له خصم حاضر من وكيل أو شفيع جاز الحكم عليه ، واحتجوا بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لعلي « اذا تقاضى اليك رجلان فلا تقض للاول حتى

تسمع كلام الآخر فانك تدرى بما تقضى، قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح، ولانه قضاء لاحد الخصمين وحده فلم يجز كالو كان الآخر فى البلد، ولانه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل البينة ويقدح فيها فلم يجز الحكم عليه

ولنا أن هنداً قالت : يا رسول الله ان أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولدى ؟ قال « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه فقضى لها ولم يكن حاضراً، ولان هذا له بينة مسموعة عادلة فجاز الحكم بها كما لو كان الخصم حاضراً، وقد وافقنا أبو حنيفة فى سماع البينة، ولان ما تأخر عن سؤال المدعى اذا كان حاضرا يقدم عليه اذا كان غائبا كسماع البينة .

وأما حديثهم فنقول به اذا تقاضى اليه رجلان لم يجز الحكم قبل سماع كلامهما وهذا يقتضى أن يكونا حاضرين ويفارق الحاضر الغائب، فان البينة لا تسمع على حاضر الا بحضرته والغائب بخلافه .

وقد ناقض أبو حنيفة أصله فقال : اذا جاءت امرأة فادعت أن لها زوجا غائبا وله مال فى يد رجل وتحتاج الى النفقة فاعترف لها بذلك فان الحاكم يقضى عليه بالنفقة . ولو ادعى رجل على حاضر انه اشترى من غائب ما فيه شفعة وأقام بينة بذلك حكم له بالبيع والاخذ بالشفعة، ولو مات المدعى عليه فحضر بعض ورثته أو حضر وكيل الغائب وأقام المدعى بينة بذلك حكم له بما ادعاه .

اذا ثبت هذا فانه ان قدم الغائب قبل الحكم وقف الحكم على حضوره، فان خرج الشهود لم يحكم عليه وان استنظر الحاكم أجله ثلاثا فان جرحهم والا حكم عليه، وان ادعى القضاء أو الابراء فكانت له بينة برىء والا حلف المدعى وحكم له، وان قدم بعد الحكم لجرح الشهود بأمر كان قبل الشهادة بطل الحكم وان جرحهم بأمر بعد أداء الشهادة أو مطلقا لم يبطل الحكم ولم يقبله الحاكم، لانه يجوز أن يكون بعد الحكم فلا يقدح فيه، وان طلب التأجيل أجل ثلاثا فان جرحهم والا نفذ الحكم، وان ادعى القضاء أو الابراء فكانت له به بينة والا حلف الآخر ونفذ الحكم

(فصل) لا يقضى على الغائب الا فى حقوق الآدميين فأما فى الحدود التى لله

تعالى فلا يقضى بها عليه لان مبناها على المساهلة والاسقاط فإن قامت بينة على غائب بسرقة مال حكم بالمال دون القطع .

(فصل) واذا قامت البينة على غائب أو غير مكلف كالصبي والمجنون لم يستحلف المدعى مع بينته فى أشهر الروايتين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » ولانها بينة عادلة فلم تجب اليمين معها كما لو كانت على حاضر .

والرواية الثانية: يستحلف معها وهو قول الشافعي لانه يجوز أن يكون استوفى ماقامت به البينة أو ملكه العين التى قامت بها البينة ولو كان حاضراً فادعى ذلك لوجبت اليمين فإذا تعذر ذلك منه لغيبته أو عدم تكليفه يجب أن يقوم الحاكم مقامه فيما يمكن دعواه ولان الحاكم مأمور بالاحتياط فى حق الصبي والمجنون والغائب لان كل واحد منهم لا يعبر عن نفسه . وهذا من الاحتياط

(فصـــل)

ظاهر كلام الخرقى : أنه اذا قضى على الغائب بعين سلمت الى المدعى وان قضى عليه بدين ووجد له مال وفى منه فإنه قال فى رواية حرب فى رجل أقام بينة أن له سهما من ضيعة فى أيدى قوم فتواروا عنه يقسم عليهم شهدوا أو غابوا ويدفع الى هذا حقه لانه يثبت حقه بالبينة فيسلم اليه كما لو كان خصمه حاضراً .
ويحتمل أن لا يدفع اليه شيء حتى يقيم كفيلا أنه متى حضر خصمه وأبطل دعواه فعليه ضمان ما أخذه لئلا يأخذ المدعى ما حكم له به ثم يأتى خصمه فيبطل حجته أو يقيم بينة بالقضاء والابراء أو بملك العين التى قامت بها البينة بعد ذهاب المدعى وغيبته أو موته فيضيع مال المدعى عليه وظاهر كلام أحمد الاول فانه قال فى رجل عنده دابة مسروقة فقال : هى عندى وديعة اذا أقيمت البينة أنها له تدفع الى الذى أقام البينة حتى يجيء صاحب الوديعة فيثبت .

(فصل) فأما الحاضر فى البلد أو قريب منه اذا لم يمنع من الحضور فلا يقضى عليه قبل حضوره فى قول أكثر أهل العلم ، وقال أصحاب الشافعي فى وجه لهم أنه يقضى عليه فى غيبته لانه غائب أشبه الغائب عن البلد .

ولنا : أنه أمكن سؤاله فلم يجز الحكم عليه قبل سؤاله كحاضر مجلس الحاكم ويفارق الغائب البعيد فإنه لا يمكن سؤاله ، فإن امتنع من الحضور أو توارى فظاهر كلام أحمد جواز القضاء عليه لما ذكرناعنه فى رواية حرب

وروى عنه أبو طالب فى رجل وجد غلامه عند رجل فأقام البينة أنه غلامه فقال الذى عنده الغلام أودعنى هذا رجل ، فقال أحمد : أهل المدينه يقضون على الغائب يقولون إنه لهذاالذى أقام البينة ، وهو مذهب حسن وأهل البصرة يقضون على غائب يسمونه الأعذار ، وهو اذا ادعى على رجل ألفا وأقام البينة فاختفى المدعى عليه يرسل إلى بابه فينادى الرسول ثلاثا ، فإن جاء وإلا قد أعذروا اليه ، فهذا يقوى قول أهل المدينة وهو معنى حسن

وقد ذكر الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب أنه يقضى على الغائب الممتنع ، وهو قول الشافعى ، لأنه تعذر حضوره وسؤاله فجاز القضاء عليه ، كالغائب البعيد ، بل هذا أولى لأن البعيد معذور وهذا لا عذر له . وقد ذكرنا فيما تقدم شيئا من هذا .

كتاب القسمة

الاصل فى القسمة قول الله تعـالى (ونبئهم أن المـاء قسمة بينهم كل شرب محتضر) وقوله تعـالى (وإذا حضر القسـمة أولو القربى) الآية . وقول النبي صلى الله عليه وسـلم « الشفعة فيما لم يقسم » فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . وقسم النبى صلى الله عليه وسـلم خيبر على ثمانية عشر سهما ، وكان يقسم الغنـائم .

وأجمعت الامة على جواز القسمة ، ولان بالناس حاجة الى القسمة ليتمكن كل واحـد من الشركاء من التصرف على إيثاره ، ويتخلص من سوء المشاركة وكثرة الايدى .

« مسألة » قال (وإذا أتاه شريكان فى ربع أو نحوه فسألاه أن يقسمه بينهما قسمه وأثبت فى القضية بذلك أن قسمه إياه بينهما كان عن إقرارهما لا عن بينة شهدت لهما بملكهما)

اذا ثبت هذا فان الشريكين فى أى شيء كان ربعاً أو غيره ، والربع هو العقار من الدور ونحوها اذا طلبا من الحاكم أن يقسمه بينهما أجابهما اليه ، وان لم يثبت عنـده ملكهما ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد .

وقال أبو حنيفة : ان كان عقاراً نسبوه الى ميراث لم يقسمه حتى يثبت الموت والورثة لان الميراث باق على حكم ملك الميت فلا يقسمه احتياطا للميت . وأما ما عدا العقار يقسمه ، وان كان ميراثا لانه يبور ويهلك وقسمته تحفظه ، وكذا العقار الذى لا ينسب الى الميراث ، وظاهر قول الشافعى انه لا يقسم عقارا كان أو غيره ما لم يثبت ملكهما لان قسمه بقولهم لو رفع بعدذلك الى حاكم آخر يستسهله أن يجعله حكما لهم ولعله يكون لغيرهم .

ولنا أن اليد تدل على الملك ولا منازع لهم فيثبت لهم من طريق الظاهر ، ولهذا يجوز لهم التصرف ويجوز شراؤه منهم واتهابه واسـتئجاره ، وما ذكره الشافعى يندفع اذا ثبت فى القضية أنى قسمته بينهم باقرارهم لا عن بينة شهدت لهم

بملكهم وكل ذى حجة على حجته ، وما ذكره أبو حنيفة لا يصح لأن الظاهر ملكهم ولا حق للميت فيه إلا أن يظهر عليه دين وما ظهر والاصل عدمه ، ولهذا اكتفينا به فى غير العقار وفيما لم ينسبوه إلى الميراث .

(فصل) وتجوز قسمة المكيلات والموزونات من المطعومات وغيرها، لان جواز قسمة الارض مع اختلافها يدل على جواز قسمة مالا يختلف بطريق التنبيه وسواء فى ذلك الحبوب والثمار والنورة والاشنان والحديد والرصاص ونحوها من الجامدات والعصير والخل واللبن والعسل والسمن والدبس والزيت والرب ونحوها من المائعات ، وسواء قلنا إن القسمة بيع أو إفراز حق ، لان بيعه جائز وإفرازه جائز ، فإن كان فيها أنواع كحنطة وشعير وتمر وزبيب فطلب أحدهما قسمها كل نوع على حدته أجبر الممتنع ؛ وان طلب قسمها أعيانا بالقيمة لم يجبر الممتنع لان هذا بيع نوع بنوع آخر فليس بقسمة فلم يجبر عليه كغير الشريك ، فان تراضيا عليه جاز وكان بيعا يعتبر فيه التقابض قبل التفرق فيما يعتبر التقابض فيه وسائر شروط البيع

(فصــــل) فان كان بينهما ثياب أو حيوان أو أوانى أو خشب أو عمد أو أحجار فاتفقا على قسمتها جاز ، لان النبى صلى الله عليه وسلم قسم الغنائم يوم بدر ويوم حنين ويوم خيبر ، وهى تشتمل على أجناس من المال ؛ وسواء اتفقا على قسمة كل جنس بينهما أو على قسمتها أعيانا بالقيمة ، وإن طلب أحدهما قسمة كل نوع على حدته وطلب الآخر قسمته أعيانا بالقيمة قدم قول من طلب قسمة كل نوع على حدته اذا أمكن ، وان طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر وكان مالا يمكن قسمته الا بأخذ عوض عنه من غير جنسه ، أو قطع ثوب فى قطعه نقص أو كسر إناء أو رد عوض لم يجبر الممتنع ، وان أمكن قسمة كل نوع على حدته من غير ضرر ولا رد عوض فقال القاضى يجبر الممتنع ؛ وهو ظاهر مذهب الشافعى ؛ وهو قول أبى الخطاب ، لا أعرف فى هذا عن امامنا رواية ، ويحتمل أن لا يجبر الممتنع ، وهو قول ابن خيران من أصحاب الشافعى ، لان هذا انما يقسم أعيانا بالقيمة فلم يجبر الممتنع عليه كما لا يجبر على قسمة الدور بأن يأخذ هذا دارا

وهذا داراً وكالجنسين المختلفين ، ووجه الاول أن الجنس الواحد كالدار الواحدة وليس اختلاف الجنس الواحد فى القيمة بأكثر من اختلاف قيمة الدار الكبيرة والقرية العظيمة ؛ فان أرض القرية تختلف سيما اذا كانت ذات أشجار مختلفة وأراض متنوعة ، والدار ذات بيوت واسعة ، وضيقة وحديثة وقديمة ، ثم هذا الاختلاف لم يمنع الاجبار على القسمة كذلك الجنس الواحد ، وفارق الدور فانه أمكن قسمة كل دار على حدتها ، وههنا لا يمكن قسمة كل ثوب منها أو اناء على حدته ، وان كانت الثياب أنواعا كالحرير والقطن والكتان فهى كالاجناس ، وكذلك سائر الاموال ، والحيوان كغيره من الاموال ويقسم النوع الواحد منه ، وبه قال الشافعى وابو يوسف ومحمد

وقال أبو حنيفة : لا يقسم الرقيق قسمة اجبار لانه تختلف منافعه ويقصد منه العقل والدين والفطنة ، وذلك لا يقع فيه التعديل

ولنا أن النبى صلى الله عليه وسلم جزأ العبيد الذين أعتقهم الانصارى فى مرضه ثلاثة أجزاء ، ولانه نوع حيوان يدخله التقويم فجازت قسمته كسائر الحيوان ؛ وما ذكره غير صحيح لان القيمة تجمع ذلك وتعدله كسائر الاشياء المختلفة

(فصل) والقسمة افراز حق وتمييز أحد النصيبين من الآخر وليست بيعا ، وهذا أحد قولى الشافعى . وقال فى الاخر هى بيع ، وحكى عن ابى عبد الله بن بطة لأنه يبدل نصيبه من أحد السهمين بنصيب صاحبه من السهم الاخر ، وهذا حقيقة البيع . ولنا انها لا تفتقر الى لفظ التمليك ولا تجب فيها الشفعة ويدخلها الاجبار وتلزم باخراج القرعة ويتقدر أحد النصيبين بقدر الآخر ، والبيع لا يجوز فيه شىء من ذلك ، ولأنها تنفرد عن البيع باسمها وأحكامها فلم تكن بيعا كسائر العقود ، وفائدة الخلاف أنها اذا لم تكن بيعا جازت قسمة الثمار خرصا والمكيل وزنا والموزون كيلا والتفرق قبل القبض فيما يعتبر فيه القبض فى البيع ولا يحنث اذا حلف لا يبيع بها ، واذا كان العقار أو نصفه وقفا جازت القسمة

وان قلنا هى بيع انعكست هذه الاحكام ، هذا اذا خلت من الرد فان كان فيها رد عوض فهى بيع لان صاحب الرد يبذل المال عوضا عما حصل له من مال شريكه ، وهذا هو البيع فان فعلا ذلك فى وقف لم يجز لان بيعه غير جائز ،

وان كان بعضه وقفا وبعضه طلقا والرد من صاحب الطلق لم يجز لانه يشترى بعض الوقف فإن كان من أهل الوقف جاز لانهم يشترون بعض الطلق وذلك جائز .

(فصل) وتقبل شهادة القاسم بالقسمة إذا كان متبرعا ولا تقبل اذا كان بأجرة وبهذا قال الاصطخرى : وقال أبو حنيفة : تقبل وان كان بأجرة لانه لا يلحقه تهمة فقبل قوله كالمرضعة . وقال الشافعى : لاتقبل لانه شهد على فعل نفسه الذى يوجب تعديله فلم تقبل كشهادة القاضى المعزول على حكمه .

ولنا : أنه شهد بما لا نفع له فيه فقبل كالاجنبى ، واذا كان بأجرة لم يقبل لانه متهم لكونه يوجب الاجرة لنفسه وهذا نفع فتكون شهادته لنفسه وقول الشافعى أنه يوجب تعديله ممنوع ولا نسلم لهم ما ذكروه فى الحكم .

« مسأله » قال (ولو سأل أحدهما شريكه مقاسمته فامتنع أجبره الحاكم على ذلك اذا أثبت عنده ملكها وكان مثله ينقسم وينتفعان به مقسوما) .

أما إذا طلب أحدهما القسمة فامتنع الآخر لم يخل من حالين . أحدهما : يجبر الممتنع على القسمة وذلك إذا اجتمع ثلاثة شروط .

أحدها . أن يثبت عند الحاكم ملكهما ببينة لان فى الاجبار على القسمة حكما على الممتنع منهما فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضى فإنه لا يحكم على أحدهما إنما يقسم بقولهما ورضاهما .

الشرط الثانى : أن لا يكون فيها ضرر فان كان فيها ضرر لم يجبر الممتنع لقول النبى صلى الله عليه وسلم « لاضرر ولا ضرار » رواه بن ماجة ، ورواه مالك فى موطئه مرسلا ، وفى لفظ « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن لا ضرر ولا ضرار » .

الشرط الثالث : أن يمكن تعديل السهام من غير شىء يجعل معها فان لم يمكن ذلك لم يجبر الممتنع لانها تصير بيعا والبيع لا يجبر عليه أحد المتبايعين . ومثال ذلك : أرض قيمتها مائة فيها شجرة أو بئر تساوى مائتين . فاذا جعلت الارض سهما كانت الثلث فيحتاج أن يجعل معها خمسين يردها عليه من لم يخرج له البئر أو الشجرة ليكونا نصفين متساويين فهذه فيها بيع . ألا ترى أن آخذ الارض قد باع نصيبه من

الشجرة أو البئر بالثمن الذى أخذه والبيع لا يجبر عليه لقول الله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)

فإذا اجتمعت الشروط الثلاثة أجبر الممتنع منهما على القسمة لأنها تتضمن إزالة ضرر الشركة عنهما وحصول النفع لهما ، لأن نصيب كل واحد منهما إذا تميز كان له أن يتصرف فيه بحسب اختياره ، ويتمكن من إحداث الغراس والبناء والزرع والساقية والاجارة والعارية ولا يمكنه ذلك مع الاشتراك فوجب أن يجبر الآخر عليه لقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار »

إذا ثبت هذا فقد اختلفوا فى الضرر المانع من القسمة ، ففى قول الخرقى وهو مالا يمكن معه انتفاع أحدهما بنصيبه مفرداً فيما كان ينتفع به مع الشركة ، مثل أن تكون بينهما دار صغيرة إذا قسمت أصاب كل واحد منهما موضعا ضيقا لا ينتفع به ، ولو أمكن أن ينتفع به فى شىء غير الدار ولا يمكن أن ينتفع به دارا لم يجبر على القسمة أيضا لأنه ضرر يجرى مجرى الاتلاف

وعن أحمد رواية أخرى: أن المانع هو أن تنقص قيمة نصيب أحدهما بالقسمة عن حال الشركة سواء انتفعوا به مقسوما أو لم ينتفعوا

وقال القاضى: هذا ظاهر كلام أحمد لانه قال فى رواية الميمونى: اذا قال بعضهم يقسم وبعضهم لا يقسم ، فإن كان فيه نقصان من ثمنه بيع وأعطوا الثمن فاعتبر نقصان الثمن، وهذا ظاهر كلام الشافعى لان نقص قيمته ضرر والضرر منفى شرعا وقال مالك : يجبر الممتنع وان استضر قياسا على مالا ضرر فيه ولا يصح لقوله عليه السلام « لاضرر ولا ضرار » ولان فى قسمته ضررا فلم يجبر عليه كقسمة الجوهرة بكسرها ، ولان فى قسمته اضاعة المال وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن اضاعته ، ولا يصح القياس على مالا ضرر فيه لما بينهما من الفرق

فإن كان أحد الشريكين يستضر بالقسمة دون الآخر ، كرجلين بينهما دار لأحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها فإذا قسماها استضر صاحب الثلث لكونه لا يحصل له ما يكون دارا ولا يستضر الاخر لانه يبقى له مايصير دارا مفردة فطلب صاحب الثلثين القسمة لم يجبر الاخر عليها ، ذكره أبو الخطاب وهو ظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل قال : كل قسمة فيها ضرر لا أرى قسمتها، وهذا قول ابن أبى ليلى وأبى ثور

وقال القاضي : يجبر الآخر عليها ، وهو قول الشافعي وأهل العراق لانه طلب افراد نصيبه الذى لا يستضر بتمييزه فوجبت إجابته اليه ، كما لو كانا لا يستضران بالقسمة

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولانها قسمة يستضر بها صاحبه فلم يجبر عليها كما لو استضرا معا ولان فيه اضاعة المال ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعته ، وإذا حرم عليه اضاعته ماله فاضاعته مال غيره أولى .

وقد روى عمرو بن جميع عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تعضية على أهل الميراث الا ما حمل القسم » قال ابو عبيدة : هو أن يخلف شيئا اذا قسم كان فيه ضرر على بعضهم أو عليهم جميعا ، ولاننا اتفقنا على أن الضرر مانع من القسمة وأن الضرر فى حق أحدهما مانع ، ولا يجوز ان يكون المانع هو ضرر الطالب لانه مرضى به من جهته فلا يجوز كونه مانعا كما لو تراضيا عليها مع ضررهما أو ضرر أحدهما فتعين الضرر المانع فى جهة المطلوب ، ولأنه ضرر غير مرضى به من جهة صاحبه فمنع القسمه كما لو استضرا معا ، وان طلب القسمة المستضر بها كصاحب الثلث فى المسألة المفروضة أجبر الاخر عليها، هذا مذهب أبى حنيفة ومالك لانه طلب دفع ضرر الشركة عنه بأمر لا ضرر على صاحبه فيه فأجبر عليه كما لا ضرر فيه

يحققه ان ضرر الطالب مرضى به من جهته فسقط حكمه ، والاخر لا ضرر عليه فصار كما لا ضرر فيه، وذكر أصحابنا أن المذهب انه لا يجبر الممتنع على القسم لنهى النبي (ص) عن اضاعة المال ، ولان طلب القسمة من المستضر سفه فلا تجب اجابته الى السفه ، قال الشريف: متى كان أحدهما يستضر لم تجب القسمة وقال أبو حنيفة : متى كان أحدهما ينتفع بها وجبت ، وقال الشافعي : ان انتفع بها الطالب وجبت وان استضر بها الطالب فعلى وجهين ، وقال مالك : تجب على كل حال ، ولو كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها لكل واحد منهما ربعها فاذا قسمت استضر كل واحد منهما ولا يستضر صاحب النصف فطلب صاحب النصف القسمة وجبت إجابته لأنه يمكن قسمتها نصفين فيصير حقهما لهما

دارا وله النصف فلا يستضر أحد منهما ويحتمل أن لا تجب عليهما الاجابة لان كل واحد منهما يستضر بافراز نصيبه . وإن طلبا المقاسمة فامتنع صاحب النصف أجبر لأنه لاضرر على واحد منهم وان طلبا إفراز نصيب كل واحد منهما أو طلب أحدهما إفراز نصيبه لم تجب القسمه على قياس المذهب لأنه إضرار بالطالب وسفه وعلى الوجه الذى ذكرناه تجب القسمة لأن المطلوب منه لا ضرر عليه

الحال الثانى : الذى لا يجبر أحدهما على القسمة وهى ما إذا عدم أحد الشروط الثلاثة فلا تجوز القسمة الا برضاهما وتسمى قسمة التراضي وهى جائزة مع اختلال الشروط كلها لأنها بمنزلة البيع والمناقلة وبيع ذلك جائز .

(فصل) اذا كانت دار بين اثنين سفلها وعلوها فاذا طلبا قسمها نظرت فإن طلب أحدهما قسمة السفل والعلو بينهما ولاضرر فى ذلك أجبر الآخر عليه لأن البناء فى الارض يجرى مجرى الغرس فيتبعها فى البيع والشفعة ثم لو طلب قسمة أرض فيها غراس أجبر شريكه عليه كذلك البناء ، وان طلب أحدهما جعل السفل لأحدهما والعلو للآخر ويقرع بينهما لم يجبر عليه الآخر لثلاثة معان .

أحدها : أن العلو يتبع للسفل ولهذا اذا بيعا تثبت الشفعة فيهما واذا أفرد العلو بالبيع لم تثبت فيه الشفعة واذا كان تبعا له لم يجعل المتبوع سهما والتبع سهما فيصير التبع أصلا .

الثانى : أن السفل والعلو يجريان مجرى الدارين المتلاصقتين لأن كل واحد منهما يسكن منفردا ولو كان بينهما داران لم يكن لأحدهم المطالبة بجعل كل دار نصيبا كذا ههنا .

الثالث : أن صاحب القرار يملك قرارها وهواءها فاذا جعل السفل نصيبا انفرد صاحبه بالهواء وليست هذه قسمة عادلة وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة يقسمه الحاكم يجعل ذراعا من السفل بذراعين من العلو ، وقال أبو يوسف : ذراع بذراع وقال محمد : يقسمها بالقيمة واحتجوا بأنها دار واحدة فاذا قسمها على مايراه جاز كالتى لا علو لها .

ولنا ما ذكرناه من المعانى الثلاثة وفيها رد ما ذكروه : وما يذكرونه من كيفية القسمة تحكم وبعضه يرد بعضا ، وان طلب أحدهما قسمة العلو وحده أو السفل

وحده لم يجب إليه. لأن القسمة تراد للتمييز ومع بقاء الاشاعة فى أحدهما لا يحصل التمييز وإن طلب قسمة السفل منفرداً أو العلو منفرداً لم يجب إليه لانه قد يحصل لكل واحد منهما علو سفل الآخر فيستضر كل واحد منهما ولا يتميز الحقان .

(فصل) وإذا كان بينهما دار أو خان كبير فطلب أحدهما قسمة ذلك ولا ضرر فى قسمته أجبر الممتنع على القسمة وتفرد بعض المساكن عن بعض وإن كثرت المساكن ، وإن كان بينهما داران أو خانان أو أكثر فطلب أحدهما أن يجمع نصيبه فى إحدى الدارين أو أحد الخانين ويجعل الباقى نصيبا لم يجبر الممتنع ، وبهذا قال الشافعى وقال أبو يوسف ومحمد إذا رأى الحاكم ذلك فله فعله سواء تقاربتا أو تفرقتا لانه أنفع وأعدل .

وقال مالك : إن كانتا متجاورتين أجبر الممتنع من ذلك عليه لأن المتجاورتين تتقارب منفعتهما بخلاف المتباعدتين، وقال أبو حنيفة: إن كانت إحداهما أحجزة الأخرى أجبر الممتنع وإلا فلا لأنهما يجريان مجرى الدار الواحدة .

ولنا : أنه نقل حقه من عين الى عين أخرى فلم يجبر عليه كالمتفرقين على ملك وكما لو لم تكن حجة بها مع أبى حنيفة وكما لو كانتا داراً ودكانا مع أبى يوسف ومحمد ، والحكم فى الدكاكين كالحكم فى الدور وكما لو كانت لها عضائد صغار لا يمكن قسمة كل واحدة منها منفردة لم يجبر الممتنع من قسمها عليها .

(فصل) فان كانت بينهما أرض واحدة يمكن قسمتها ويتحقق فيها الشروط التى ذكرناها أجبر الممتنع على قسمها سواء كانت فارغة أو ذات شجر وبناء فان كان فيها نخل وكرم وشجر مختلف وبناء فطلب أحدهما قسمة كل عين على حدتها وطلب الآخر قسمة الجميع بالتعديل بالقيمة. فقال أبو الخطاب . تقسم كل عين على حدتها وكذلك كل مقسوم اذا أمكنت التسوية بين الشريكين فى جيده ورديئه كان أولى ونحو هذا قال أصحاب الشافعى فانهم قالوا اذا أمكنت التسوية بين الشريكين فى جيده ورديئه بأن يكون الجيد فى مقدمها والردىء فى مؤخرها فاذا قسمناها صار لكل واحد من الجيد والردىء مثل ما للآخر وجبت القسمة وأجبر الممتنع عليها ، وان لم تمكن القسمة هكذا بأن تكون العمارة أو الشجر والجيد لا تمكن قسمته وحده وأمكن التعديل بالقيمة عدلت بالقيمة وأجبر الممتنع من القسمة عليها

وقال الشافعي فى أحد القولين : لا يجبر الممتنع من القسمة عليها . وقالوا : إذا كانت الأرض ثلاثين جريبا قيمة عشرة أجربة منها كقيمة عشر لم يجبر الممتنع من القسمة عليها لتعذر التساوى فى الزرع ، ولانه لو كان حقلان متجاوران لم يجبر الممتنع من القسمة إذا لم تمكن الا بأن يجعل كل واحد منهما سهما كذا ههنا .

ولنا : أنه مكان واحد أمكنت قسمته وتعديله من غير رد عوض ولا ضرر فوجبت قسمته كالدور، ولأن ما ذكروه يفضى الى منع وجوب القسمة فى البساتين كلها والدور فانه لا يمكن تساوى الشجر وبناء الدور ومساكنها الا بالقيمة ولأنه مكان لو بيع بعضه وجبت فيه الشفعة لشريك البائع فوجبت قسمته كما لو أمكنت التسوية بالزرع .

وأما اذا كان بستانان لكل واحد منهما طريق أوحقلان أو داران أو دكانان متجاوران أومتباعدان فطلب أحد الشريكين قسمته بجعل كل واحد بينهما لم يجبر الآخر على هذا سواء كانا متساويين أو مختلفين وهذا ظاهر مذهب الشافعي لانهما شيئان متميزان لو بيع أحدهما لم تجب الشفعة فيه لمالك الآخر بخلاف البستان الواحد والارض الواحدة وان عظمت فانه اذا بيع بعضها وجبت الشفعة لمالك البعض الباقى والشفعة كالقسمة لان كل واحد منهما يراد لازالة ضرر الشركة ونقصان التصرف فما لا تجب قسمته لا تجب الشفعة فيه فكذلك ما لا شفعة فيه لاتجب قسمته وعكس هذا ما تجب قسمته تجب فيه الشفعة وما تجب الشفعة فيه تجب قسمته ولانه لو بدا الصلاح فى بعض البستان كان صلاحا لباقيه وان كان كبيرا ولم يكن صلاحا لما جاوزه وان كان صغيرا .

(فصل) واذا كان فى الارض زرع فطلب أحدهما قسمتها دون الزرع أجبر الممتنع لان الزرع فى الارض كالقماش فى الدار فلم يمنع القسمة كالقماش وسواء خرج الزرع أو كان بذرا لم يخرج فاذا قسماها بقى الزرع بينهما مشتركا كما لو باعا الارض لغيرهما وان طلب أحدهما قسمة الزرع منفردا لم يجبر الاخر عليه لان القسمة لابد فيها من تعديل المقسوم، وتعديل الزرع بالسهام لا يمكن لانه يشترط بقاؤه فى الارض المشتركة وان طلب قسمتها مع الزرع وكان قد خرج جاز وأجبر الممتنع عليه سواء كان قصيلا أو اشتد الحب فيه لان الزرع كالشجر فى الارض

والقسمة إفراز حق وليست بيعا . وإن قلنا هي بيع لم يجبر إذا اشتد الحب لأنه يتضمن بيع السنبل بعضه ببعض ، ويحتمل الجواز لأن السنابل ههنا دخلت تبعاً للأرض فليست المقصود فأشبه بيع النخلة المثمرة بمثلها

وقال الشافعي : لا يجبر الممتنع من قسمتها مع الزرع لأن الزرع مودع في الأرض للنقل عنها فلم تجب قسمته معها كالقماش فيها .

ولنا أنه نابت فيها للنماء والنفع فأشبه الغراس، وفارق القماش فإنه غير متصل بالدار ولا ضرر عليه في نقله ، وإن كان الزرع بذراً في الأرض فقال أصحابنا : لا تجوز قسمته لجهالته وكونه لا يمكن إفرازه ، وهذا مذهب الشافعي ، ويحتمل الجواز لأنه يدخل تبعا للأرض فلا تضر جهالته كأساسات الحيطان وكذلك لو اشترى أرضا فيها زرع فاشترطوا ملكه بالشرط وإن كان بذراً مجهولا .

(فصـــل)

إذا كانت بينهما أرض قيمتها مائة في أحد جانبيها بئر قيمتها مائة وفي الآخر شجرة قيمتها مائة عدلت بالقيمة وجعلت البئر مع نصف الأرض نصيبا والشجرة مع النصف الآخر نصيبا ، فإن كانت بين ثلاثة أو أكثر نظرت في الارض فإن كانت قيمتها مائة أو أقل لم تجب القسمة لأنها اذا كانت أقل لم يمكن التعديل إلا بقسمة البئر والشجرة وذلك مما لا تجب قسمته .

وإن كانت قيمتها مائة فجعلناها سهما والبئر سهما والشجرة سهما لم يحصل مع البئر والشجرة شيء من الأرض ، فيصير هذا كقسمة الشجر وحده وقسمة ذلك وحده ليست قسمة اجبار ، وان كانت الارض كبيرة القيمة بحيث يأخذ بعض الشركاء سهامهم منها ويبقى منها شيء مع البئر والشجرة وجبت القسمة .

ومثاله أن تكون قيمة الارض مائتين وخمسين فيجعلها مائة وخمسين سهما ويضم الى البئر ماقيمته خمسون والى الشجرة مثل ذلك فتصير ثلاثة سهام متساوية وفي كل سهم جزء من أجزاء الارض فتجب القسمة حينئذ ، وكذلك لو كانوا أربعة وقيمة الارض أربعمائة وجبت القسمة لأننا نجعل ثلاثمائة منها سهمين ومائة مع البئر والشجرة سهمين فتعدلت السهام

ولو كانت الارض لاثنين فأراد قسمة البئر والشجرة دون الارض لم تكن

قسمة اجبـــار ، وهكذا الارض ذات الشجر اذا اقتسما الشجر دون الارض لم تكن قسمة اجبار ، ولو اقتسماها بشجرها كانت قسمة اجبار لأن الشجر يدخل تبعا الأرض فيصير الجميع كالشيء الواحد ولهذا تجب فيه الشفعة اذا بيع شيء من الارض بشجره ، واذا قسم ذلك دون الارض صار أصلا فى القسمة ليس بتابع لشيء واحد فيصير كأعيان مفردة من الدور والدكاكين المتفرقة ، ولهذا لا تجب فيه الشفعة اذا بيع مفرداً ، وكل قسـمة غير واجبة اذا تراضيا بها فهى بيع حكمها حكم البيـع .

« مسألة » قال (واذا قسم طرحت السهام فيصير لكل واحد ما وقع سهمه عليه الا أن يتراضيا فيكون لكل واحد ما رضى به)

وجملته أن القسمة على ضربين قسمة اجبار وقسمة تراضى ، وقد ذكرنا أن قسمه الاجبار ما أمكن التعديل فيها من غير رد ولا تخلو من أربعة أقسام :

أحدها : أن تكون السهام متساويه وقيمة أجزاء المقسوم متساويه

الثانى : أن تكون السهام متساويه وقيمة الاجزاء مختلفه

الثالث : أن تكون السهام مختلفه وقيمة الاجزاء متساويه

الرابع : أن تكون السهام مختلفه والقيمة مختلفة

فأما الاول فمثل أرض بين ستة لكل واحد منهم سدسها وقيمة أجزاء الارض متساوية ، فهذه تعدلها بالمساحه ستة أجزاء متساويه لانه يلزم من تعديلها بالمساحه تعديلها بالقيمه لتسـاوى أجزائها فى القيمة ، ثم يقرع بينهم . وكيفما أقرع بينهم جاز فى ظاهر كلام أحمد ، فإنه قال فى رواية ابى داود ان شاء رقاعا وان شاء خواتيم ، يطرح ذلك فى حجر من لم يحضر ويكون لكل واحد خاتم معين ، ثم يقال : اخرج خاتما على هذا السهم فمن خرج خاتمـــه فهو له ، وعلى هذا لو أقرع بالحصا أو غيره جاز .

واختار أصحابنا فى القرعه أن يكتب رقاعا متساويه بعدد السهام ، وهو ههنا مخير بين أن يخرج الاسماء على السهام وبين اخراج السهام على الاسماء ، فإن أخرج الاسماء على السهام كتب فى كل رقعة اسم واحد من الشركاء وتترك فى بنادق طين

أو شمع متساوية القدر والوزن ويترك فى حجر من لم يحضر القسمة ، ويقال له اخرج بندقة على هذا السهم فإذا أخرجها كان ذلك السهم لمن خرج اسمه فى البندقة ثم يخرج أخرى على سهم آخر كذلك حتى يبقى الأخير فيتعين لمن بقى، وإن اختار إخراج السهام على الأسماء كتب فى الرقاع أسماء السهام فيكتب فى رقعة الأول مما يلى جهة كذا وفى أخرى الثانى حتى يكتب الستة ثم يخرج الرقعة على واحد بعينه فيكون له السهم الذى فى الرقعة ، ويفعل ذلك حتى يبقى الأخير فيتعين لمن بقى ، وذكر أبو بكر أن البنادق تجعل طينا وتطرح فى ماء ويعين واحد فأى البنادق انحل الطين عنها وخرجت رقعتها على الماء فهى له ، وكذلك الثانى والثالث وما بعده ، فإن خرج اثنان أعيد الأقراع والأول أولى وأسهل

القسم الثانى : أن تكون السهام متفقة والقيمه مختلفه ، فإن الأرض تعدل بالقيمه وتجعل ستة أسهم متساوية القيمه ، ويفعل فى إخراج السهام مثل الذى قبله سواء لا فرق بينهما ، إلا أن التعديل ثم بالسهام وههنا بالقيمه

القسم الثالث : أن تكون القيمه متساويه والسهام مختلفه ، مثل أرض بين ثلاثه لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها وأجزاؤها متساوية القيمه ، فإنها تجعل سهاما بقدر أقلها وهو السدس ، فتجعل ستة أسهم وتعدل بالأجزاء ، ويكتب ثلاث رقاع بأسمائهم ويخرج رقعة على السهم الأول فإن خرجت لصاحب السدس أخذه ، ثم يخرج أخرى على الثانى فإن خرجت لصاحب الثلث أخذ الثانى والثالث وكانت الثلاثه الباقيه لصاحب النصف بغير قرعه

وإن خرجت القرعة الثانية لصاحب النصف أخذ الثانى والثالث والرابع ، وكان الخامس والسادس لصاحب الثلث .

وإن خرجت القرعة الأولى لصاحب النصف أخذ الثلاثة الاول وتخرج الثانية على الرابع ، فان خرجت لصاحب الثلث أخذه والذى يليه وكان السادس لصاحب السدس فان خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ الاخر الخامس والسادس ، وان خرجت الأولى لصاحب الثلث أخذ الاول والثانى ثم يخرج الثانية على الثالث فان خرجت لصاحب النصف أخذ الثالث والرابع والخامس وأخذ الاخر السادس ، وإن خرجت الثانية لصاحب السدس أخذه وأخذ

صاحب النصف ما بقى ، وقيل تكتب ستة رقاع باسم صاحب النصف ثلاث وباسم صاحب الثلث اثنان وباسم صاحب السدس واحدة ، وهذا لا فائدة فيه فإن المقصود خروج اسم صاحب النصف ، وإذا كتب ثلاث رقاع حصل المقصود فأغنى ، ولا يصح أن يكتب رقاعا بأسماء السهام ويخرجها على أسماء الملاك ، لأنه إذا أخرج واحدة فيها السهم الثانى لصاحب السدس ، ثم أخرج أخرى لصاحب النصف أو الثلث فيهما السهم الأول احتاج أن يأخذ نصيبه متفرقا فيتضرر بذلك

القسم الرابع : إذا اختلفت السهام والقيمة فإن القاسم يعدل السهام بالقيمة ويجعلها ستة أسهم متساوية القيم ، ثم يخرج الرقاع فيها الأسماء على السهام كما ذكرنا فى القسم الثالث سواء لا فصل بينهما إلا أن التعديل ههنا بالقيم وفى التى قبلها بالمساحة

وأما الضرب الثانى وهى قسمة التراضى التى فيها رد ولا يمكن تعديل السهام إلا أن يجعل مع بعضها عوض فهذه لا إجبار فيها لأنها معاوضة ولا يجبر على المعاوضة ، وكذلك سائر مالا تجب قسمته كالدارين تجعل كل واحدة منها سهما وما يدخل الضرر عليها بقسمته وأشباه هذا وقد ذكرنا منه صوراً فيما تقدم .

إذا ثبت هذا فإن قسمة الاجبار تلزم بإخراج القرعة لأن قرعة قاسم الحاكم بمنزلة حكمه فيلزم بإخراجها كلزوم حكم الحاكم

وأما قسمة التراضى ففيها وجهان :

أحدهما : يلزمه أيضا كقسمة الاجبار لأن القاسم كالحاكم وقرعته كحكمه .

والثانى لا تلزم لأنها بيع والبيع يلزم بالتراضى لا بالقرعه ، وإنما القرعه ههنا لتعريف البائع من المشترى .

فأما إن تراضيا على أن يأخذ كل واحد منهما واحداً من السهمين بغير قرعة فإنه يجوز لأن الحق لهما ولا يخرج عنهما ، وكذلك لو خير أحدهما صاحبه فاختار ويلزم ههنا بالتراضى وتفرقهما كما يلزم البيع .

(فصل) ويجوز للشريكين أن يقتسما بأنفسهما وأن يأتيا الحاكم لينصب بينهما قاسما يقسم لهما وأن ينصبا قاسما يقسم لهما فان نصب الحاكم قاسما لهما فمن شرطه العدالة ومعرفة الحساب والقيمه والقسمه ليوصل إلى كل ذى حق حقه . وهذا قول

الشافعى إلا أنه يشترط كونه حرا ، وإن نصبا قاسماً بينهما فكان على صفة قاسم الحاكم فى العدالة والمعرفة فهو كقاسم الحاكم فى لزوم قسمته بالقرعة وإن كان كافرا أو فاسقا أو غير عارف بالقسمة لم تلزم قسمته إلا بتراضيهما بها ويكون وجوده كعدمه فيما يرجع الى لزوم القسمة ويجزىء قاسم واحد فيما لا يحتاج الى تقويم فان احتاج القسم الى التقويم احتاج الى قاسمين لأنه يحتاج الى أن يكون المقوم اثنين ولا يكفى فى التقويم واحد فمتى نصبا قاسما أو نصبه الحاكم وكانت الشروط فيه متحققة لزمت القسمة بقرعته ، وان اختل فيه بعض الشروط لم تلزم القسمة إلا بتراضيهما لأن وجوده وعدمه واحد وان قسما بأنفسهما وأقرعا لم تلزم القسمة إلا بتراضيهما بعد القرعة لأنه لا حاكم بينهما ولا من يقوم مقامه .

(فصـــل)

وعلى الامام أن يرزق القاسم من بيت المال لأن هذا من المصالح ، وقد روى أن عليا رضى الله عنه اتخذ قاسما وجعل له رزقا من بيت المال فان لم يرزقه الامام قال الحاكم للمتقاسمين ادفعا الى القاسم أجرة ليقسم بينكما فان استأجره كل واحد منهما بأجر معلوم ليقسم نصيبه جاز وان استأجروه جميعا اجارة واحدة ليقسم بينهم الدار بأجر واحد معلوم لزم كل واحد منهم من الأجر بقدر نصيبه من المقسوم . وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة : يكون عليهم على عدد رءوسهم لان عمله فى نصيب أحدهما كعمله فى نصيب الاخر سواء تساوت سهامهم أو اختلفت فكان الاجر بينهم سواء .

ولنا : أن أجر القسمة يتعلق بالملك فكان بينهم على قدر الاملاك كنفقة العبد وما ذكروه لا يصح لان العمل فى أكبر النصيبين أكثر ، ألا ترى أن المقسوم لو كان مكيلا أو موزونا كان كيل الكثير أكثر عملا من كيل القليل ؟ وكذلك الوزن والزرع وعلى أنه يبطل بالحافظ فان حفظ القليل والكثير سواء ويختلف أجره باختلاف المال .

(فصل) وأجرة القسمة بينهما وان كان أحدهما الطالب لها وبهذا قال أبو يوسف ومحمد والشافعى وقال أبو حنيفة هى على الطالب للقسمه لانها له حق .

ولنا أن الأجرة تجب بإفراز الانصباء وهم فيها سواء فكانت الاجرة عليهما كما لو تراضوا عليها

(فصل) وإذا ادعى أحد المتقاسمين غلطا فى القسمة وأنه أعطى دون حقه نظرت فإن كانت قسمته تلزم بالقرعة ولا تقف على تراضيهما فالقول قول المدعى عليه مع يمينه ولا تقبل دعوى المدعى إلا ببينة عادلة ، فإن أقام شاهدين عدلين نقضت القسمة وأعيدت وان لم تكن بينة وطلب يمين شريكه أنه لا فضل معه أحلف له وإنما قدمنا قول المدعى عليه لان الظاهر صحة القسمة وأداء الامانة فيها وان كانت مما لا تلزم الا بالتراضى كالذى قسماه بأنفسهما ونحوه لم تسمع دعوى من ادعى الغلط هكذا قال أصحابنا وهو مذهب الشافعى لانه قد رضى بذلك ورضاه بالزيادة فى نصيب شريكه تلزمه والصحيح عندى أن هذه كالتى قبلها وأنه متى أقام البينة بالغلط نقضت القسمة لان ما ادعاه محتمل ثبت ببينة عادله فأشبه ما لو شهد على نفسه بقبض الثمن أو المسلم فيه ثم ادعى غلطا فى كيله أو ولانه .

وقولهم : ان حقه من الزيادة سقط برضاه لا يصح فإنه إنما يسقط مع علمه أما إذا ظن أنه أعطى حقه فرضى بناء على هذا ثم بان له الغلط فلا يسقط به حقه كالثمن والمسلم فيه فإنه لو قبض المسلم فيه بناء على أنه عشرة مكاييل راضيا بذلك ثم ثبت أنه ثمانية ، أو ادعى المسلم اليه أنه غلط فأعطاه اثنى عشر وثبت ذلك ببينة لم يسقط حق واحد منهما بالرضى ولا يمنع سماع دعواه وبينته ولان المدعى عليه فى مسألتنا لو أقر بالغلط لنقضت القسمه ولو سقط حق المدعى بالرضا لما نقضت القسمة بإقراره كالو وهبه الزائد، وقد ذكر أصحابنا وغيرهم فيمن باع دارا على أنها عشرة أذرع فبانت تسعة أو أحد عشر أن البيع باطل فى أحد الوجهين. وفى الاخر تكون الزيادة للبائع والنقص عليه والبيع انما يلزم بالتراضى فلو كان التراضى يسقط حقه من الزيادة لسقط حق البائع من الزيادة وحق المشترى من النقص والله أعلم .

ولأن من رضى بشىء بناء على ظن تبين خلافه لم يسقط به حقه كما لو اقتسما شيئا وتراضيا به ثم بان نصيب أحدهما مستحقا . فإن قيل : فلم لا تعطى المظلوم

حقه فى هاتين المسألتين ولا تنقض القسمة كما لو تبين الغلط فى الثمن أو المسلم فيه قلنا : لأن الغلط ههنا فى نفس القسمة بتفويت شرط من شروطها ، وهو تعديل السهام فتبطل لفوات شرطها ، وفى المسلم والثمن الغلط فى القبض دون العقد فإن العقد قد تم بشروطه فلا يؤثر الغلط فى قبض عوضه فى صحته بخلاف مسألتنا .

(فصل) إذا اقتسم الشريكان شيئا فبان بعضه مستحقا نظرت فإن كان معينا فى نصيب أحدهما بطلت القسمة ، وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة لا تبطل بل يخير من ظهر المستحق فى نصيبه بين الفسخ والرجوع بما بقى من حقه ، كما لو وجد عيباً فيما أخذه .

ولنا أنها قسمة لم تعدل فيها السهام فكانت باطلة كما لو فعلا ذلك مع علمهما بالحال ، وأما إذا بان نصيب أحدهما معيبا فيحتمل أن تمنع المسألة ونقول ببطلان القسمة لعدم التعديل بالقيمة . ويحتمل أن يفرق بينهما فان العيب لا يمكن التحرز منه فلم يؤثر فى البطلان كالبيع

وإن كان المستحق فى نصيبهما على السواء لم تبطل القسمة ، لأن ما بقى لكل واحد منهما بعد المستحق قدر حقه ، ولأن القسمة إفراز حق أحدهما من الآخر وقد أفرز كل واحد منهما حقه ، إلا أن يكون ضرر المستحق فى نصيب أحدهما أكثر ، مثل أن يسد طريقه أو مجرى مائه أو ضوءه أو نحو هذا فتبطل القسمة لأن هذا يمنع التعديل .

وإن كان المستحق فى نصيب أحدهما أكثر من الآخر بطلت لما ذكرناه ، وإن كان المستحق مشاعا فى نصيبهما بطلت القسمة لان الثالث شريكهما وقد اقتسما من غير حضوره ولا اذنه ، فأشبه ما لو كان لهما شريك يعلمانه فاقتسما دونه ، وان كانا يعلمان المستحق حال القسمة أو أحدهما فالحكم فيها كما لو لم يعلمان على ما ذكرنا من التفصيل فيه والله أعلم

فصل

واذا ظهر فى نصيب أحدهما عيب لم يعلمه قبل القسمة فله فسخ القسمة أو الرجوع بأرش العيب لانه نقص فى نصيبه فملك ذلك كالمشترى ، ويحتمل ان تبطل القسمة لان التعديل فيها شرط ولم يوجد بخلاف البيع

(فصل) واذا اقتسما دارين فأخذ كل واحد منهما دارا وبنى فيها أو اقتسما أرضين فبنى أحدهما فى نصيبه أو غرس ثم استحق نصيبه ونقض بناؤه وقلع غرسه فانه يرجع على شريكه بنصف البناء والغرس . ذكره الشريف ابو جعفر وحكاه أبو الخطاب عن القاضى .

وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن : ليس له الرجوع عليه بشيء لأنه بنى وغرس باختيار نفسه فلم يرجع بنقص ذلك على غيره كما لو بنى فى ملك نفسه .

ولنا أن هذه القسمه بمنزلة البيع فان الدارين لا يقسمان قسمة اجبار على أن تكون كل واحــدة منهما نصيبا ، وانما يقسمان ذلك بالتراضى فتكون جارية مجرى البيع ، ولو باعه الدار جميعها ثم بانت مستحقة رجع عليه بالبناء كله فاذا باعه نصفها رجع عليه بنصفه . وكذلك يخرج فى كل قسمة جاريه مجرى البيع وهى قسمة التراضى الذى فيه رد عوض ومالا يجبر على قسمته لضرر فيه ونحو ذلك فأما قسمة الاجبار اذا ظهر نصيب أحدهما مستحقا بعد البناء والغرس فيه فنقض البناء وقلع الغرس .

فإن قلنا القســمة بيع فالحكم فيها كذلك ، وان قلنا ليست بيعا لم يرجع لان شريكه لم يغره ولم ينتقل اليه من جهته بيع ، وانما أفرز حقه من حقه فلم يضمن له ما غرم فيه . هذا الذى يقتضيه قول أصحابنا

(فصــــل)

واذا اقتسم الورثة تركة الميت ثم بان عليه دين لا وفاء له الا مما اقتسـموه لم تبطل القسمه لان تعلق الدين بالتركة لا يمنع صحة التصرف فيها لانه تعلق بها بغير رضاهم فأشبه تعلق دين الجنايه برقبة الجانى ، ويفارق الرهن لان الحق يتعلق به برضا مالكه واختياره ، فعلى هذا يقال للورثة ان شئتم وفيتم الدين والقسمة بحالها وان شئتم نقضت القسمه وبيعت التركة فى الدين ، فإن أجاب أحــدهم وامتنع الاخر بيع نصيب الممتنع وحــده وبقى نصيب المجيب بحاله . وان كان ثم وصية بجزء من المقسوم فالحكم فيه كما لو ظهر مستحقا على ما مر من التفصيل فيه لانه يستحق أخــذه . وان كانت الوصية بمال غير معين ، مثل ان يوصى بمائة دينار فحكمها حكم الدين على ما بينا .

(فصل) وإذا طلب أحد الشريكين من الآخر المهايأة من غير قسمة اما فى الاجزاء بأن يجعل لاحدهما بعض الدار يسكنها أو بعض الحقل يزرعه ويسكن الاخر ويزرع فى الباقى، أو يسكن أحدهما ويزرع سنة ويسكن الاخر ويزرع سنة أخرى لم يجبر الممتنع منهما ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك يجبر لان فى الامتناع منه ضررا فينتفى بقوله عليه السلام « لا ضرر ولا ضرار » ووافقنا أبو حنيفة فى العبيد خاصة على أنه لا يجبر على المهايأة .

ولنا أن المهايأة معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، ولان حق كل واحد فى المنفعة عاجل فلا يجوز تأخيره بغير رضاه كالدين وكما فى العبيد عند أبى حنيفة ويخالف قسمة الاصل فإنه افراز النصيبين وتمييز أحد الحقين .

اذا ثبت هذا فإنهما اذا اتفقا على المهايأة جاز لان الحق لهما فجاز فيه ماتراضيا عليه كقسمة التراضى ولا يلزم ، بل متى رجع أحدهما عنها انتقضت المهايأة ، ولو طلب أحدهما القسمة كان له ذلك وانتقضت المهايأة ، ووافق أبو حنيفة وأصحابه فى انتقاضها بطلب القسمة ، وقال مالك تلزم المهايأة لانه يجبر عليها عنده فلزمت كقسمة الاصل .

ولنا أنه بذل منافع ليأخذ منافع من غير اجارة فلم يلزم كالو أعاره شيئاً ليعيره شيئا آخر اذا احتاج اليه وفارق القسمه فانها افراز حق على ما ذكرناه .

فصل

قال أحمد فى قوم اقتسموا دارا وحصل لبعضهم فيها زيادة أذرع ولبعضهم نقصان ثم باعوا الدار جملة واحدة قسمت الدار بينهم على قدر الاذرع ، يعنى أن الثمن يقسم بينهم على قدر ملكهم فيها وهذا محمول على أن زيادة أحدهما فى الاذرع كزيادة ملكه فيها مثل أن يكون لاحدهما الخمسان فيحصل له أربعون ذراعا وللاخر ثلاثه أخماس فيحصل له ستون فان الثمن يقسم بينهما أخماسا على قدر ملكهما فى الدار . فان كانت زيادة الاذرع لرداءة ما أخذه صاحبها مثل دار بينهما نصفين فأخذ أحدهما بنصيبه من جيدها أربعين ذراعا وأخذ الاخر من رديئها ستين ذراعا فلا ينبغى أن يقسم الثمن على قدر الاذرع بل يقسم بينهما نصفين ، لان الستين ههنا معدولة بالاربعين فكذلك يعدل بها فى الثمن والله أعلم .

وقال أحمد فى قوم اقتسموا دارا كانت أربعة سطوح يجرى عليها الماء فلما اقتسموا أراد أحدهم منع جريان ماء الآخر عليه وقال هذا شىء قد صار لى ، قال إن كان بينهما شرط أنه يرد الماء فله ذلك ، فإن لم يشترط فليس له منعه

ووجهه انهم اقتسموا الدار وأطلقوا فاقتضى ذلك أن يملك كل واحد حصته بحقوقها ، وكما لو اشتراها بحقوقها ومن حقها جريان مائها فى ماء كان يجرى اليه معتاداً له وهو على سطح المانع فلهذا استحقه حالة الاطلاق ، فإن تشارطا على رده فالشرط أملك والمؤمنون على شروطهم

وقال أبو الخطاب : إذا اقتسما داراً فحصل الطريق فى نصيب أحدهما وكان لنصيب الآخر منفذ يتطرق منه وإلا بطلت القسمة ، وذلك لأن القسمة تقتضى التعديل والنصيب الذى لا طريق له لا قيمة له الا قيمة قليلة فلا يحصل التعديل ولأن من شرط الاجبار على القسمة أن يكون ما يأخذه كل واحد منهما يمكن الانتفاع به وهذا لا ينتفع به آخذه ، فإن كان قد أخذه راضيا به عالما بأنه لا طريق له جاز لأن قسمة التراضى بيع وشراؤه على هذا الوجه جائز

وقياس المسألة التى قبل هـــذه أن الطريق تبقى بحالها فى نصيب الاخر ما لم يشترط صرفها عنه كمجرى الماء والله أعلم .

(فصل) قال وللأب والوصى قسمة مال الصغير مع شريكه لأن القسمة إما إفراز حق أو بيع وكلاهما جائز لهما ، ولأن فى القسمه مصلحه للصبى فجازت كالشراء له ويجوز لهما قسمة التراضى من غير زيادة فى العوض لان فيه دفعاً لضرر الشركة فأشبه ما لو باعه لضرر الحاجه الى قضاء الدين أو الحاجه الى النفقه

(فصل) ولا تصح ولاية القضاء إلا بتولية الامام أو من فوض الامام اليه ذلك ، فإن كان من ولاه ليس بعدل فهل تصح ولايته ؟ على وجهين ويلزم الامام أن يختار للقضاء بين المسلمين أفضل من يقدر عليه لهم . والألفاظ التى تنعقد بها الولايه تنقسم الى صريح وكناية ، فالصريحة سبعة ألفاظ وهى : قد وليتك الحكم ، وقلدتك ، واستنبتك ، واستخلفتك ، ورددت اليك الحكم ، وفوضت اليك وجعلت اليك ، فاذا وجد أحد هذه الألفاظ من المولى وجوابها من المولى بالقبول انعقدت الولايه .

وأما الكناية فهى أربعة ألفاظ . قد اعتمدت عليك ، وعولت عليك ، ووكلت اليك ، واستندت اليك ، فلا تنعقد الولاية بها حتى تقترن بها قرينة ، نحو قوله : فاحكم فيما وكلت اليك ، وانظر فيما أسندت اليك ، وتول ماعولت فيه عليك . وإذا صحت الولاية وكانت عامة استفاد بها النظر فى عشرة أشياء : فصل الخصومات بين المتنازعين ، واستيفاء الحق ممن ثبت عليه ودفعه الى مستحقه ، والنظر فى أموال اليتامى والمجانين . والحجر على من يرى الحجر عليه لسفه أو فلس ، والنظر فى الوقوف فى عمله فى حفظ أصولها وإجراء فروعها على ماشرطه الواقف ، وتزويج الأيامى اللاتى لاأولياء لهن ، وإقامة الحدود والنظر فى مصالح المسلمين فى عمله بكف الأذى عن طرقات المسلمين وأفنيتهم ، وتصفح حال شهوده وأمنائه ، والاستبدال بمن ثبت جرحه منهم ، والإمامة فى صلاة الجمعة والعيد ، وفى جباية الخراج وأخذ الصدقة وجهان .

(فصـــل) قال ويوصى الوكلاء والأعيان على بابه بتقوى الله تعالى والرفق بالخصوم وقلة الطمع ، ويجتهد أن لا يكونوا شيوخا أو كهولا ، من أهل الدين والصيانة والعفة .

(فصـــل) قال ابن المنذر : يكره للقاضى أن يفتى فى الاحكام . كان شريح يقول : أنا أقضى ولا أفتى ، وأما الفتيا فى الطهارة وسائر مالا يحكم فى مثله فلا بأس بالفتيا فيه .

كتاب الشهادات

والأصل فى الشهادات الكتاب والسنه والإجماع والعبرة . أما الكتاب: فقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء . وقال تعالى (وأشهدوا ذوى عدل منكم وأشهدوا إذا تبايعتم)

وأما السنة : فما روى وائل بن حجر قال « جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة الى النبى صلى الله عليه وسلم ، فقال الحضرمى يارسول الله ان هذا غلبنى على أرض لى . فقال الكندى : هى أرضى وفى يدى فليس له فيها حق ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم للحضرمى : ألك بينة ؟ قال لا ، قال فلك يمينه ، قال يارسول الله الرجل فاجر لا يبالى على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء ، قال : ليس لك منه الا ذلك قال : فانطلق الرجل ليحلف له ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر : لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله تعالى وهو عنه معرض ، قال الترمذى هذا حديث حسن صحيح .

وروى محمد بن عبد الله العزرمى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه ، قال الترمذى هذا حديث فى اسناده مقال والعزرمى يضعف فى الحديث من قبل حفظه ضعفه ابن المبارك وغيره ، الا ان أهل العلم أجمعوا على هذا . قال الترمذى والعمل على هذا عند اهل العلم من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وغيرهم ، ولأن الحاجة داعية الى الشهادة لحصول التجاحد بين الناس فوجب الرجوع اليها .

قال شريح ، القضاء جمر فنحه عنك بعودين ، يعنى الشاهدين ، وإنما الخصم داء والشهود شفاء فأفرغ الشفاء على الداء .

(فصل) وتحمل الشهادة وأداؤها فرض على الكفايه لقول الله تعالى (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا) وقال تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه) وانما خص القلب بالاثم لانه موضع العلم بها ولان الشهادة امانة فلزم أداؤها كسائر الامانات .

إذا ثبت هـــذا فإن دعى إلى تحمل شهادة فى نكاح أو دين أو غيره لزمته الإجابة ، وإن كانت عنده شهادة فدعى إلى أدائها لزمه ذلك ، فإن قام بالفرض فى التحمل أو الأداء اثنان سقط عن الجميع ، وان امتنع الكل أثموا ، وإنما يأثم الممتنع اذا لم يكن عليه ضرر وكانت شهادته تنفع ، فان كان عليه ضرر فى التحمل أو الأداء أو كان ممن لا تقبل شهادته أو يحتاج الى التبذل فى التزكية ونحوها لم يلزمه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد)

وقول النبي صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » ولأنه لا يلزمه أن يضر بنفسه لنفع غيره ، واذا كان ممن لا تقبل شهادته لم يجب عليه لأن مقصود الشهادة لا يحصل منه ، وهل يأثم بالامتناع اذا وجد غيره ممن يقوم مقامه ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يأثم لانه قد تعين بدعائه ولانه منهى عن الامتناع بقوله (ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا)

والثانى : لا يأثم لان غيره يقوم مقامه فلم يتعين فى حقه كما لو لم يدع اليها ، فأما قول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) فقد قرىء بالفتح والرفع ، فمن رفع فهو خبر معناه النهي ويحتمل معنيين

أحدهما : أن يكون الكاتب فاعلا ، أى لا يضر الكاتب والشهيد من يدعوه بأن لا يجيب أو يكتب ما لم يستكتب أو يشهد ما لم يستشهد به

والثانى : أن يكون يضار فعل ما لم يسم فاعله ، فيكون معناه ومعنى الفتح واحداً ، أى لا يضر الكاتب والشهيد بأن يقطعهما عن شغلهما بالكتابة والشهادة ويمنعا حاجتهما .

واشتقاق الشهادة من المشاهدة لان الشاهد يخبر عما يشاهده . وقيل لأن الشاهد بخبره جعل الحاكم كالمشاهد المشهود عليه ، وتسمى بينة لانها تبين ماالتبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه

« مسألة » قال (ولا يقبل فى الزنا الا أربعة رجال عدول أحرار مسلمين)

أجمع المسلمون على أنه لا يقبل فى الزنا أقل من أربعة شهود ، وقد نص الله

تعالى عليه بقوله سبحانه (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فإذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) فى آى سواها

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أربعة والا حد فى ظهرك » فى أخبار سوى هذا وأجمعوا على أنه يشترط كونهم مسلمين عدولا ظاهراً وباطنا وسواء كان المشهود عليه مسلما أو ذميا وجمهور العلماء على انه يشترط أن يكونوا رجالا أحراراً فلا تقبل شهادة النساء ولا العبيد ، وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وشذ ابو ثور فقال . تقبل فيه شهادة العبيد .

وحكى عن عطاء وحماد أنهما قالا : تجوز شهادة ثلاثة رجال وامرأتين لانه نقص واحد من عدد الرجال فقام مقامه امرأتان كالاموال

ولنا ظاهر الآية وأن العبد مختلف فى شهادته فى المال فكان ذلك شبهة فى الحد لأنه بالشبهات يندرىء ، ولا يصح قياس هذا على الاموال لخفة حكمها وشدة الحاجة الى اثباتها لكثرة وقوعها والاحتياط فى حفظها ، ولهذا زيد فى عدد شهود الزنا على شهود المال .

(فصل) وفى الإقرار بالزنا روايتان ذكرهما ابو بكر ، وللشافعى فيه قولان أحدهما : يثبت بشاهدين قياسا على سائر الاقارير . والثانى : لا يثبت الا بأربعة لأنه موجب لحد الزنا أشبه فعله

« مسألة » قال (ولا يقبل فيما سوى الأموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين)

وهذا القسم نوعان . أحدهما . العقوبات وهى الحدود والقصاص فلا يقبل فيه الا شهادة رجلين ، الا ما روى عن عطاء وحماد أنهما قالا : يقبل فيه رجل وامرأتان قياسا على الشهادة فى الاموال

ولنا أن هذا مما يحتاط لدرئه واسقاطه ، ولهذا يندرىء بالشبهات ولا تدعو الحاجة الى اثباته وفى شهادة النساء شبهة بدليل قوله تعالى (أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى) وانه لا تقبل شهادتهن وان كثرن ما لم يكن معهن رجل ، فوجب ان لا تقبل شهادتهن فيه ، ولا يصح قياس هذا على المال لما ذكرنا

من الفرق وبهذا الذى ذكرنا . قال سعيد بن المسيب والشعبي والنخعي وحماد والزهرى وربيعة ومالك والشافعى وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى ، واتفق هؤلاء وغيرهم على أنها تثبت بشهادة رجلين ما خلا الزنا إلا الحسن فإنه قال الشهادة على القتل كالشهادة على الزنا لأنه يتعلق به إتلاف النفس فأشبه الزنا .

ولنا أنه أحد نوعى القصاص فأشبه القصاص فى الطرف ، وما ذكره من الوصف لا أثر له فإن الزنا الموجب للحد لا يثبت إلا بأربعة ، ولأن حد الزنا حق لله تعالى يقبل الرجوع عن الإقرار به ، ويعتبر فى شهداء هذا النوع من الحرية والذكورية والإسلام والعدالة ما يعتبر فى شهداء الزنا على ما سنذكره .

الثانى : ما ليس بعقوبة كالنكاح والرجعة والطلاق والعتاق والإيلاء والظهار والنسب والتوكيل والوصية اليه والولاء والكتابة وأشباه هذا فقال القاضى المعول عليه فى المذهب أن هذا لا يثبت إلا بشاهدين ذكرين ولا تقبل فيه شهادة النساء بحال . وقد نص أحمد فى رواية الجماعة على انه لا تجوز شهادة النساء فى النكاح والطلاق . وقد نقل عن أحمد فى الوكالة إن كانت بمطالبة دين ، يعنى تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين فأما غير ذلك فلا

ووجه ذلك أن الوكالة فى اقتضاء الدين يقصد منها المال فيقبل فيها شهادة رجل وامرأتين كالحوالة .

قال القاضى : فيخرج من هذا أن النكاح وحقوقه من الرجعة وشبهها لا تقبل فيها شهادة النساء رواية واحدة وما عداه يخرج على روايتين

وقال أبو الخطاب : يخرج فى النكاح والعتاق أيضا روايتان :

إحداهما لا تقبل فيه إلا شهادة رجلين ، وهو قول النخعي والزهرى ومالك وأهل المدينه والشافعى ، وهو قول سعيد بن المسيب والحسن وربيعة فى الطلاق. والثانية : تقبل فيه شهادة رجل وامرأتين . روى ذلك عن جابر بن زيد واياس ابن معاويه والشعبي والثورى واسحاق وأصحاب الرأى . وروى ذلك فى النكاح عن عطاء واحتجوا بأنه لا يسقط بالشبهة فيثبت برجل وامرأتين كالمال

ولنا أنه ليس بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فلم يكن للنساء

فى شهادته مدخل كالحدود والقصاص ، وما ذكروه لا يصح فإن الشبهة لا مدخل لها فى النكاح ، وان تصور بأن تكون المرأة مرتابة بالحمل لم يصح النكاح

(فصل) وقد نقل عن أحمد رضى الله عنه فى الاعسار مايدل على أنه لا يثبت الا بثلاثة لحديث قبيصة بن المخارق « حتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجا من قومه لقد أصابت فلاناً فاقة »

قال أحمد : هكذا جاء الحديث ، فظاهر هذا أنه أخذ به . وروى عنه أنه لا يقبل قوله انه وصى حتى يشهد له رجلان أو رجل عدل ، فظاهر هذا أنه يقبل فى الوصية شهادة رجل واحد ، وقال فى الرجل يوصى ولا يحضره الا النساء قال أجيز شهادة النساء : فظاهر هذا انه أثبت الوصيه بشهادة النساء على الانفراد اذا لم يحضره الرجال .

قال القاضى : والمذهب أن هذا كله لا يثبت الا بشاهدين ، وحديث قبيصة فى حل المسألة لا فى الاعسار .

(فصل) ولا يثبت شىء من هذين النوعين بشاهد ويمين المدعى ، لأنه اذا لم يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، فلئلا يثبت بشهادة واحد ويمين أولى . قال أحمد ومالك فى الشاهد واليمين : انما يكون ذلك فى الاموال خاصة لا يقع فى حد ولا نكاح ولا طلاق ولا عتاقه ولا سرقه ولا قتل

وقد قال الخرقى : اذا ادعى العبد ان سيده أعتقه وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حرا ، ونص عليه أحمد وقال فى شريكين فى عبد ادعى كل واحد منهما ان شريكه أعتق حقه منه وكانا معسرين عدلين ، فللعبد ان يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً او يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً، فيخرج مثل هذا فى الكتابه والولاء والوصيه والوديعه والوكاله ، فيكون فى الجميع روايتان ما خلا العقوبات البدنيه والنكاح وحقوقه فإنها لا تثبت بشاهد ويمين قولا واحدا . قال القاضى : المعمول عليه فى جميع ما ذكرناه انه لا يثبت الا بشاهدين وهو قول الشافعى . وروى الدارقطنى بإسناده عن ابى سلمة عن ابى هريرة ان النبى (ص) قال : استشرت جبريل فى القضاء باليمين مع الشاهد فأشار علىّ فى الاموال لا تعد ذلك »

وقال عمرو بن دينار عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم « أنه قضى بالشاهد واليمين قال نعم فى الأموال، وتفسير الراوى أولى من تفسير غيره . رواه الإمام أحمد وغيره بإسنادهم .

« مسألة » قال (ولا يقبل فى الاموال أقل من رجل وامرأتين ورجل عدل مع يمين الطالب)

وجملة ذلك أن المال كالقرض والغصب والديون كلها ومايقصد به المال كالبيع والوقف والإجارة والهبة والصلح والمساقاة والمضاربة والشركة والوصية له والجناية الموجبة للمال كجناية الخطأ وعمد الخطأ والعمد الموجب للمال دون القصاص كالجائفه وما دون الموضحه من الشجاج تثبت بشهادة رجل وامرأتين .

وقال أبو بكر لا تثبت الجنايه فى البدن بشهادة رجل وامرأتين لانها جنايه فأشبهت مايوجب القصاص والاول أصح لان موجبها المال فأشبهت البيع وفارق مايوجب القصاص لان القصاص لا تقبل فيه شهادة النساء. وكذلك ما يوجبه والمال يثبت بشهادة النساء، وكذلك ما يوجبه ولا خلاف فى أن المال يثبت بشهادة النساء مع الرجال ، وقد نص الله تعالى على ذلك فى كتابه بقوله سبحانه (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين ـ الى قوله ـ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) وأجمع أهل العلم على القول به وقد ذكرنا خبر أبي هريرة وابن عباس فيه .

(فصل) وأكثر أهل العلم يرون ثبوت المال لمدعيه بشاهد ويمين روى ذلك عن أبي بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم وهو قول الفقهاء السبعه وعمر ابن عبدالعزيز والحسن وشريح وإياس وعبد الله بن عتبه وأبي سلمه بن عبد الرحمن ويحيى بن يعمر وربيعه ومالك وابن أبي ليلى وأبي الزناد والشافعي ، وقال الشعبي والنخعي وأصحاب الرأى والاوزاعي لا يقضى بشاهد ويمين وقال محمد بن الحسن من قضى بالشاهد واليمين نقضت حكمه لان الله تعالى قال (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان) فمن زاد فى ذلك فقد زاد فى النص ، والزيادة فى النص نسخ ، ولان النبي صلى الله عليه وسلم « قال البينه على

المدعى واليمين على من أنكر، فحصر اليمين فى جانب المدعى عليه كما حصر البينة فى جانب المدعى .

ولنا : ما روى سهيل عن أبيه عن أبى هريرة قال « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم باليمين مع الشاهد الواحد » رواه سعيد بن منصور فى سننه والأئمة من أهل السنن والمسانيد قال الترمذى هذا حديث حسن غريب وفى الباب (١) عن على وابن عباس وجابر ومسروق ، وقال النسائى إسناد حديث ابن عباس فى اليمين مع الشاهد إسناد جيد، ولأن اليمين تشرع فى حق من ظهر صدقه وقوى جانبه ولذلك شرعت فى حق صاحب اليد لقوة جنبته بها وفى حق المنكر لقوة جنبته فان الأصل براءة ذمته والمدعى ههنا قد ظهر صدقه فوجب أن تشرع اليمين فى حقه ولا حجة لهم فى الاية لأنها دلت على مشروعية الشاهدين والشاهد والمرأتين ولا نزاع فى هذا

وقولهم ان الزيادة فى النص نسخ غير صحيح لان النسخ الرفع والازالة، والزيادة فى الشىء تقرير له لا رفع والحكم بالشاهد واليمين لا يمنع الحكم بالشاهدين ولا يرفعه ولان الزيادة لو كانت متصلة بالمزيد عليه لم ترفعه ولم تكن نسخاً وكذلك اذا انفصلت عنه ولان الاية واردة فى التحمل دون الاداء ولهذا قال (أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الاخرى) والنزاع فى الاداء وحديثهم ضعيف وليس هو للحصر بدليل أن اليمين تشرع فى حق المودع اذا ادعى رد الوديعة وتلفها وفى حق الامناء لظهور جنايتهم وفى حق الملاعن وفى القسامة وتشرع فى حق البائع والمشترى اذا اختلفا فى الثمن والسلعة قائمة وقول محمد فى نقض قضاء من قضى بالشاهد واليمين يتضمن القول بنقض قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم والخلفاء الذين قضوا به ، وقد قال الله تعالى (فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا فى أنفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما) والقضاء بما قضى به محمد ابن عبد الله صلى الله عليه وسلم أولى من قضاء محمد بن الحسن المخالف له .

(فصل) قال القاضى يجوز أن يحلف على ما لا تسوغ الشهادة عليه مثل أن يجد بخطه ديناً له على إنسان وهو يعرف أنه لا يكتب الا حقاً ولم يذكره أو يجد

---

(١) هكذا بالاصل

فى رزمانج أبيه بخطه ديناً له على إنسان ويعرف من أبيه الأمانة وأنه لا يكتب إلا حقاً فله أن يحلف عليه ، ولا يجوز أن يشهد به ، ولو أخبره بحق أبيه ثقة فسكن اليه جاز أن يحلف عليه ولم يجز له أن يشهد به ، وبهذا قال الشافعي . والفرق بين اليمين والشهادة من وجهين .

أحدهما : أن الشهادة لغيره فيحتمل أن من له الشهادة قد زور على خطه ولا يحتمل هذا فيما يحلف عليه لأن الحق إنما هو للحالف فلا يزور أحد عليه

الثانى : أن ما يكتبه الانسان من حقوقه يكثر فينسى بعضه بخلاف الشهادة .

(فصل) وكل موضع قبل فيه الشاهد واليمين فلا فرق بين كون المدعى مسلما أو كافراً ؛ عدلا أو فاسقا ، رجلا أو امرأة ، نص عليه أحمد لان من شرعت فى حقه اليمين لا يختلف حكمه باختلاف هذه الأوصاف كالمنكر إذا لم تكن بينة .

(فصـــل)

قال أحمد : مضت السنة أن يقضى باليمين مع الشاهد الواحد ، فإن أبى أن يحلف استحلف المطلوب ، وهذا قول مالك والشافعي ويروى عن أحمد ، فإن أبى المطلوب أن يحلف ثبت الحق عليه

(فصل) ولا تقبل شهادة امرأتين ويمين المدعى ، وبه قال الشافعي ، وقال مالك يقبل ذلك فى الاموال لأنهما فى الاموال أقيمتا مقام الرجل فحلف معهما كما يحلف مع الرجل .

ولنا أن البينة على المال إذا خلت من رجل لم تقبل كما لو شهد أربع نسوة ، وما ذكروه يبطل بهذه الصورة ، فإنهما لو أقيمتا مقام رجل من كل وجه لكفى أربع نسوة مقام رجلين واقبل فى غير الأموال شهادة رجل وامرأتين ، ولأن شهادة المرأتين ضعيفة تقوت بالرجل ، واليمين ضعيفة فيضم ضعيف الى ضعيف فلا يقبل

(فصل) إذا ادعى رجل على رجل انه سرق نصابا من حرزه وأقام بذلك شاهداً وحلف معه أو شهد له بذلك رجل وامرأتان وجب له المال المشهود به إن كان باقيا أو قيمته ان كان تالفا ولا يجب القطع لأن هذه حجة فى المال دون القطع . وان ادعى على رجل انه قتل وليه عمداً فأقام شاهداً وامرأتين أو حلف

مع شاهده لم يثبت قصاص ولا دية ؛ والفرق بين المسألتين ان السرقة توجب القطع والغرم معاً فإذا لم يثبت أحدهما ثبت الآخر والقتل العمد موجبه القصاص عينا فى احدى الروايتين والدية بدل عنه ولا يجب البدل ما لم يوجد المبدل .

وفى الرواية الأخرى الواجب أحدهما لا بعينه ، فلا يجوز أن يتعين أحدهما الا بالاختيار أو التعذر ولم يوجد واحد منهما .

وقال ابن ابى موسى : لا يجب المال فى السرقة أيضا الا بشاهدين لأنها شهادة على فعل يوجب الحد والمال ، فإذا بطلت فى احداهما بطلت فى الأخرى والأول أولى لما ذكرناه .

وان ادعى رجل على رجل انه ضرب أخاه بسهم عمدا فقتله ونفذ الى أخيه الآخر فقتله خطأ ، وأقام بذلك شاهداً وامرأتين او شاهداً وحلف معه ثبت قتل الثانى لأنه خطأ موجبه المال ولم يثبت قتل الأول لانه عمد موجبه القصاص فهما كالجنايتين المفترقتين . وعلى قول ابى بكر لا يثبت شىء منهما لأن الجناية عنده لا تثبت الا بشاهدين سواء كان موجبها المال أو غيره

ولو ادعى رجل على آخر انه سرق منه وغصبه مالا فحلف بالطلاق والعتاق ما سرق منه ولا غصبه فأقام المدعى شاهداً وامرأتين شهدا بالسرقه والغصب أو أقام شاهداً وحلف معه استحق المسروق والمغصوب لانه أتى ببينة يثبت ذلك بمثلها ولم يثبت طلاق ولا عتاق لان هذه البينه حجة فى المال دون الطلاق والعتاق وظاهر مذهب الشافعى فى هذا الفصل كمذهبنا الا فيما ذكرناه من الخلاف عن أصحابنا .

(فصل) ولو ادعى جارية فى يد رجل انها أم ولده وأن ابنها ابنه منها ولد فى ملكه وأقام بذلك شاهداً وامرأتين او حلف مع شاهده حكم له بالجارية لان أم الولد مملوكة له ولهذا يملك وطأها واجارتها وتزويجها ويثبت لها حكم الاستيلاد بإقراره لان اقراره ينفذ فى ملكه والملك يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين ولا يحكم له بالولد لانه يدعى نسبه والنسب لا يثبت بذلك ، ويدعى حريته أيضا فعلى هذا يقر الولد فى يد المنكر مملوكا له ؛ وهذا أحد قولى الشافعى

وقال فى الآخر : يأخذها وولدها ويكون ابنه ، لأن من ثبتت له العين

ثبت له نماؤها والولد نماؤها . وذكر ابو الخطاب فيها عن أحمد روايتين كقولى الشافعى .

ولنا أنه لم يدع الولد ملكا وإنما يدعى حريته ونسبه ، وهذان لا يثبتان بهذه البينة فيبقيان على ما كانا عليه

(فصـــل) وإن ادعى رجل أنه خالع امرأته فأنكرت ثبت ذلك بشاهد وامرأتين أو يمين المدعى لأنه يدعى المال الذى خالعت به ، وإن ادعت ذلك المرأة لم يثبت إلا بشهادة رجلين لأنها لا تقصد منه إلا الفسخ وخلاصها من الزوج ولا يثبت ذلك إلا بهذه البينة .

« مسألة » قال (ويقبل فيما لا يطلع عليه الرجال : مثل الرضاع والولادة والحيض والعدة وما أشبهها شهادة امرأة عدل)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا فى قبول شهادة النساء المنفردات فى الجملة . قال القاضى : والذى تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء : الولادة والاستهلال والرضـــاع والعيوب تحت الثياب كالرتق والقرن والبكارة والثيابة والبرص وانقضاء العـدة وعن أبى حنيفة : لا تقبل شهادتهن منفردات على الرضاع لأنه يجوز أن يطلع عليه محارم المرأة من الرجال فلم يثبت بالنساء منفردات كالنكاح .

ولنا ما روى عقبة بن الحارث قال « تزوجت أم يحيى بنت ابى اهاب فأتت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما ، فأتيت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فأعرض عنى ثم أتيته فقلت: يارسول الله إنها كاذبة ، قال كيف وقد زعمت ذلك» متفق عليه ، ولأنها شهادة على عورة للنساء فيها مدخل فقبل فيها شهادة النساء كالولادة وتخالفـــ العقد فإنه ليس بعورة

وحكى عن أبى حنيفة أيضا أن شهادة النساء المنفردات لا تقبل فى الاستهلال لأنه يكون بعد الولادة ، وخالفه صاحباه وأكثر أهل العلم لأنه يكون حال الولادة فيتعذر حضور الرجال فأشبه الولادة نفسها

وقد روى عن على رحمه الله انه أجاز شهادة القابلة وحدها فى الاستهلال .

رواه الامام أحمد وسعيد بن منصور ، إلا أنه من حديث جابر الجعفى ، وأجازه شريح والحسن والحارث العكلى وحماد .

(فصل) إذا ثبت هذا فكل موضع قلنا تقبل فيه شهادة النساء المنفردات فإنه تقبل فيه شهادة المرأة الواحدة ، وقال طاوس تجوز شهادة المرأة فى الرضاع وإن كانت سوداء

وعن أحمد رواية أخرى لا يقبل فيه إلا امرأتان وهو قول الحكم وابن ابى ليلى وابن شبرمة ، واليه ذهب مالك والثورى ، لأن كل جنس يثبت به الحق كفى فيه اثنان كالرجال ، ولأن الرجال أكمل منهن عقلا ولا يقبل منهم إلا اثنان ، وقال عثمان البتى : يكفى ثلاث لأن كل موضع قبل فيه النساء كان العدد ثلاثة ، كما لو كان معهن رجل .

وقال أبو حنيفة : تقبل شهادة المرأة الواحدة فى ولادة الزوجات دون ولادة المطلقه . وقال عطاء والشعبي وقتادة والشافعى وأبو ثور : لا يقبل فيه إلا أربع لأنها شهادة من شرطها الحرية فلم يقبل فيها الواحدة كسائر الشهادات ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « شهادة امرأتين بشهادة رجل »

ولنا ما روى عقبة بن الحارث أنه قال : تزوجت أم يحيي بنت ابى اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما ، فجئت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فأعرض عنى ، ثم ذكرت له ذلك فقال : وكيف وقد زعمت ذلك ؟ » متفق عليه . وروى حذيفه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة ، ذكره الفقهاء فى كتبهم .

وروى أبو الخطاب عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « يجزىء فى الرضاع شهادة امرأة واحدة » ولأنه معنى يثبت بقول النساء المنفردات فلا يشترط فيه العدد كالرواية وأخبار الديانات ، وما ذكره الشافعى من اشتراط الحريه غير مسلم ، وقول النبي صلى الله عليه وسلم « شهادة امرأتين بشهادة رجل فى الموضع الذى تشهد فيه مع الرجل »

(فصل) فإن شهد الرجل بذلك فقال ابو الخطاب تقبل شهادته وحده لأنه

أكمل من المرأة ، فإذا اكتفى بها وحدها فلأن يكتفى به أولى ، ولأن ما قبل فيه قول المرأة الواحدة قبل فيه قول الرجل كالرواية

« مسألة » قال ﴿ ومن لزمته الشهادة فعليه أن يقوم بها على القريب والبعيد لا يسعه التخلف عن إقامتها وهو قادر على ذلك ﴾

وجملته أن أداء الشهادة من فروض الكفايات فإن تعينت عليه بأن لا يتحملها من يكفي فيها سواه لزمه القيام بها ، وإن قام بها اثنان غيره سقط عنه أداؤها إذا قبلها الحاكم ، فإن كان تحملها جماعة فأداؤها واجب على الكل إذا امتنعوا أثموا كلهم كسائر فروض الكفايات ، ودليل وجوبها قول الله تعالى (ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه) وقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين إن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما) وفي الآية الأخرى (كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على أن تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى) ولأن الشهادة أمانة فلزمه أداؤها عند طلبه كالوديعة ، ولقوله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات الى أهلها فإن عجز عن إقامتها أو تضرر بها لم تجب عليه لقول الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم)

(فصل) ومن له كفاية فليس له أخذ الجعل على الشهادة لأنه أداء فرض ، فإن فرض الكفاية اذا قام به البعض وقع منهم فرضا ، وان لم تكن له كفاية ولا تعينت عليه حل له أخذه ، والنفقة على عياله فرض عين فلا يشتغل عنه بفرض الكفاية ، فإذا أخذ الرزق جمع بين الأمرين ، وان تعينت عليه الشهادة احتمل ذلك أيضاً ، واحتمل أن لا يجوز لئلا يأخذ العوض عن أداء فرض عين : وقال أصحاب الشافعي لا يجوز أخذ الأجرة لمن تعينت عليه وهل يجوز لغيره على وجهين

« مسألة » قال ﴿ وما أدركه من الفعل نظرا أو سمعه تيقنا وان لم ير المشهود عليه شهد به ﴾

وجملة ذلك أن الشهادة لا تجوز إلا بما علمه ، بدليل قوله تعالى (إلا من شهد بالحق وهم يعلمون) وقوله تعالى (ولا تقفُ ما ليس لك به علم إن السمع والبصر

والفؤاد كل أولئك كان عنه مسئولا) وتخصيصه لهذه الثلاثة بالسؤال لأن العلم بالفؤاد وهو يستند الى السمع والبصر ولأن مدرك الشهادة الرؤية والسماع وهما بالبصر والسمع . وروى عن ابن عباس أنه قال « سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشهادة قال : هل ترى الشمس؟ قال نعم . قال على مثلها فاشهد أو دع» رواه الخلال فى الجامع بإسناده .

إذا ثبت هذا فإن مدرك العلم الذى تقع به الشهادة اثنان الرؤية والسماع وما عداهما من مدارك العلم كالشم والذوق واللمس لاحاجة اليها فى الشهادة فى الاغلب فأما مايقع بالرؤية فالافعال كالغصب والاتلاف والزنا وشرب الخمر وسائر الافعال وكذلك الصفات المرئية كالعيوب فى المبيع ونحوها فهذا لا تتحمل الشهادة فيه الا بالرؤيه لأنه تمكن الشهادة عليه قطعا فلا يرجع الى غير ذلك ، وأما السماع فنوعان

أحدهما من المشهود عليه مثل العقود كالبيع والاجارة وغيرهما من الاقوال فيحتاج الى أن يسمع كلام المتعاقدين ، ولا تعتبر رؤية المتعاقدين اذا عرفهما وتيقن انه كلامهما . وبهذا قال ابن عباس والزهرى وربيعه والليث وشريح وعطاء وابن ابى ليلى ومالك .

وذهب أبو حنيفه والشافعى الى أن الشهادة لا تجوز حتى يشاهد القائل المشهود عليه ، لان الاصوات تشتبه فلايجوز أن يشهد عليهامن غير رؤيه كالخط

ولنا أنه عرف المشهود عليه يقيناً فجازت شهادته عليه كما لو رآه ، وجواز اشتباه الاصوات كجواز اشتباه الصور ، وانما تجوز الشهادة لمن عرف المشهود عليه يقينا ، وقد يحصل العلم بالسماع يقينا ، وقد اعتبره الشرع بتجويزه الروايه من غير رؤيه ، ولهذا قبلت روايه الاعمى وروايه من روى عن أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم من غير محارمهن .

وأما النوع الثانى فسنذكره ان شاء الله تعالى فى المسألة التى تلى هذا .

(فصل) اذا عرف المشهود عليه باسمه وعينه ونسبه جاز أن يشهد عليه حاضراً كان أو غائبا ، وان لم يعرف ذلك لم يجز أن يشهد عليه مع غيبته وجاز أن يشهد عليه حاضراً بمعرفه عينه ، نص عليه أحمد ، قال مهنا سألت أحمد عن رجل شهد لرجل بحق له على رجل وهو لايعرف اسم هذا ولا اسم هذا إلا انه يشهد له

فقال اذا قال أشهد ان لهذا على هذا وهما شاهدان جميعا فلا بأس وان كان غائبا فلا يشهد حتى يعرف اسمه .

(فصل) والمرأة كالرجل فى أنه اذا عرفها وعرف اسمها ونسبها جاز أن يشهد عليها مع غيبتها وان لم يعرفها لم يشهد عليها مع غيبتها ، قال أحمد فى رواية الجماعة لا تشهد الا لمن تعرف وعلى من تعرف ولا يشهد الا على امرأة قد عرفها . وان كانت ممن قد عرف اسمها ودعيت وذهبت وجاءت فليشهد والا فلا يشهد ، فأما ان لم يعرفها فلا يجوز أن يشهد مع غيبتها . ويجوز ان يشهد على عينها اذا عرف عينها ونظر الى وجهها .

قال أحمد : ولا يشهد على امرأة حتى ينظر الى وجهها وهذا محمول على الشهادة على من لم يتيقن معرفتها، فأما من تيقن معرفتها وتعرف بصوتها يقينا فيجوز ان يشهد عليها اذا تيقن صوتها على ما قدمناه فى المسألة قبلها . فإن لم يعرف المشهود عليه فعرفه عنده من يعرفه . فقد روى عن أحمد أنه قال: لا يشهد على شهادة غيره الا بمعرفته لها ، وقال لا يجوز للرجل أن يقول للرجل أنا أشهد أن هذه فلانة ويشهد على شهادته وهذا صريح فى المنع من الشهادة على من لا يعرفه بتعريف غيره

وقال القاضى : يجوز أن يحمل هذا على الاستحباب لتجويزه الشهادة بالاستفاضة وظاهر قوله المنع منه . وقال أحمد لا يشهد على امرأة الا باذن زوجها وهذا يحتمل أنه لا يدخل عليها بيتها ليشهد عليها الا باذن زوجها لما روى عمرو بن العاص قال «نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان يستأذن على النساء الا باذن أزواجهن» رواه أحمد فى مسنده .

فأما الشهادة عليها فى غير بيتها فجائزة . لان اقرارها صحيح وتصرفها اذا كانت رشيدة صحيح فجاز ان يشهد عليها به .

(فصل) واذا عرف الشاهد خطه ولم يذكر انه شهد به فهل يجوز له ان يشهد بذلك ؟ فيه روايتان .

احداهما : لا يجوز أن يشهد بها قال احمد فى رواية حرب : فيمن يرى خطه وخاتمه ولا يذكر الشهادة قال لا يشهد الا بما يعلم وقال فى رواية غيره يشهد اذا عرف خطه وكيف تكون الشهادة الا هكذا ؟ وقال : فى موضع آخر : اذا عرف خطه

ولم يحفظ فلا يشهد إلا أن يكون منسوخا عنده موضوعا تحت ختمه وحرزه فيشهد وإن لم يحفظ .

وقال أيضا : اذا كان رديء الحفظ فيشهد ويكتبها عنده ، وهذه رواية ثالثة . وهو ان يشهد اذا كانت مكتوبة عنده بخطه فى حرزه ولا يشهد اذا لم تكن كذلك بمنزلة القاضى فى إحدى الروايتين : اذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه أمضاه، ولا يمضيه اذا لم يكن كذلك .

« مسألة » قال (وما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته فى قلبه شهد به كالشهادة على النسب والولادة) .

هذا النوع الثانى من السماع وهو ما يعلمه بالاستفاضة . وأجمع أهل العلم على صحة الشهادة بها فى النسب والولادة .

قال ابن المنذر : أما النسب فلا أعلم أحداً من أهل العلم منع منه ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به اذ لا سبيل الى معرفته قطعا بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحداً من أقاربه وقال : قال الله تعالى (يعرفونه كما يعرفون أبناءهم) واختلف أهل العلم فيما تجوز الشهادة عليه بالاستفاضة غير النسب والولادة فقال أصحابنا : هو تسعة أشياء النكاح والملك المطلق. والوقف ومصرفه. والموت والعتق والولاء. والولاية . والعزل وبهذا قال أبو سعيد الأصطخرى وبعض أصحاب الشافعى . وقال بعضهم لا تجوز فى الوقف والولاء والعتق والزوجية . لأن الشهادة ممكنه فيه بالقطع فإنها شهادة بعقد فأشبه سائر العقود

وقال أبو حنيفة : لا تقبل إلا فى النكاح والموت : ولا تقبل فى الملك المطلق لأنها شهادة بمال أشبه الدين،وقال صاحباه يقبل فى الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس

ولنا : أن هذه الأشياء تتعذر الشهادة عليها فى الغالب بمشاهدتها أو مشاهدة أسبابها فجازت الشهادة عليها بالاستفاضة كالنسب، قال مالك ليس عندنا من يشهد على أحباس أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا بالسماع ، وقال مالك السماع فى الاحباس والولاء جائز

وقال أحمد فى رواية المروذى : أشهد أن دار بختان لبختان ، وإن لم يشهدك وقيل له تشهد أن فلانة امرأة فلان ولم تشهد النكاح ؟ فقال نعم إذا كان مستفيضا فأشهد أقول أن فاطمة إبنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأن خديجة وعائشة زوجاه وكل أحد يشهد بذلك من غير مشاهدة

فإن قيل يمكنه العلم فى هذه الأشياء بمشاهدة السبب ، قلنا وجود السبب لايفيد العلم بكونه سبباً يقيناً فإنه يجوز أن يشترى ما ليس بملك البائع ويصطاد صيداً صاده غيره ثم انفلت منه ، وإن تصور ذلك فهو نادر ، وقول أصحاب الشافعى تمكن الشهادة فى الوقف باللفظ لا يصح لأن الشهادة ليست بالعقود ههنا ، وإنما يشهد بالوقف الحاصل بالعقد فهو بمنزلة الملك، وكذلك يشهد بالزوجية دون العقد وكذلك الحرية والولاء ، وهذه جميعها لا يمكن القطع بها كما لا يمكن القطع بالملك لأنها مترتبة على الملك فوجب أن تجوز الشهادة فيها بالاستفاضة كالملك سواء . قال مالك : ليس عندنا من شهد على أحباس أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا على السماع .

إذا ثبت هذا فكلام أحمد والخرقى يقتضى أن لايشهد بالاستفاضة حتى تكثر به الاخبار ويسمعه من عدد كثير يحصل به العلم ، لقول الخرقى فيما تظاهرت به الأخبار واستقرت معرفته فى القلب يعنى حصل العلم به . وذكر القاضى فى المجرد أنه يكفى أن يسمع من اثنين عدلين ويسكن قلبه إلى خبرهما ، لأن الحقوق تثبت بقول اثنين . وهذا قول المتاخرين من أصحاب الشافعى ، والقول الأول هو الذى يقتضيه لفظ الاستفاضة ، فإنها مأخوذة من فيض الماء لكثرته ، ولأنه لو اكتفى فيه بقول اثنين لا يشترط فيه ما يشترط فى الشهادة على الشهادة ، وإنما اكتفى بمجرد السماع .

(فصــــل) فإن كان فى يد رجل دار أو عقار يتصرف فيها تصرف الملاك بالسكنى والإعارة والاجارة والعمارة والهدم والبناء من غير منازع فقال أبو عبدالله ابن حامد يجوز أن يشهد له بملكها، وهو قول ابى حنيفة والاصطخرى من أصحاب الشافعى. قال القاضى ويحتمل أن لا يشهد إلا بما شاهده من الملك واليد والتصرف لأن اليد ليست منحصرة فى الملك قد تكون بإجارة وإعارة وغصب . وهذا قول

بعض أصحاب الشافعى . ووجه الأول أن اليد دليل الملك واستمرارها من غير منازع يقويها فجرت مجرى الاستفاضة فجاز أن يشهد بها كما لو شاهد سبب اليد من بيع أو إرث أو هبة ، واحتمال كونها عن غصب أو إجارة يعارضه استمرار اليد من غير منازع فلا يبقى مانعا ، كما لو شاهد سبب اليد ، فإن احتمال كون البائع غير مالك ، والوارث والواهب لا يمنع الشهادة كذا ههنا .

فإن قيل فإذا بقى الاحتمال لم يحصل العلم ولا تجوز الشهادة إلا بما يعلم .

قلنا الظن يسمى علما ، قال الله تعالى (فإن علمتموهن مؤمنات) ولا سبيل إلى العلم اليقينى ههنا فجازت بالظن .

فصل

وإذا سمع رجلا يقول لصبى هذا ابنى جاز أن يشهد به لأنه مقر بنسبه ، وإن سمع الصبى يقول هذا أبى والرجل يسمعه فسكت جاز ان يشهدأيضا ، لان سكوت الاب إقرار له ، والإقرار يثبت النسب ، فجازت الشهادة به ، وانما أقيم السكوت ههنا مقام الاقرار لان الاقرار على الانتساب الباطل جائز بخلاف سائر الدعاوى ولأن النسب يغلب فيه الاثبات ، ألا ترى أنه يلحق بالامكان فى النكاح ؟

وذكر أبو الخطاب انه يحتمل أن لا يشهد مع السكوت حتى يتكرر ، لأن السكوت ليس بإقرار حقيقى وإنما أقيم مقامه فاعتبرت تقويته بالتكرار كما اعتبرت تقوية اليد فى العقار بالاستمرار .

(فصل) واذا شهد عدلان أن فلانا مات وخلف من الورثة فلانا وفلانا ، لا نعلم له وارثا غيرهما قبلت شهادتهما ، وبهذا قال ابو حنيفة ومالك والشافعى والعنبرى ، وقال ابن أبى ليلى : لا تقبل حتى يبينا أنه لا وارث له سواهما

ولنا أن هذا مما لا يمكن علمه فيكفى فيه الظاهر مع شهادة الأصل بعدم وارث آخر ، قال أبو الخطاب سواء كانا من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ، ويحتمل أن لا تقبل إلا من أهل الخبرة الباطنة لأن عدم علمهم بوارث آخر ليس بدليل على عدمه بخلاف أهل الخبرة الباطنة وإن الظاهر أنه لو كان له وارث آخر لم يخف عليهم . وهذا قول الشافعى .

فأما إن قالا لا نعلم له وارثا بهذه البلدة أو بأرض كذا وكذا لم تقبل ، وبهذا

قال مالك والشافعى وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : يقضى به كما لو قالا لا نعلم له وارثا ، وذكر ذلك مذهبا لأحمد أيضا

ولنا أن هذا ليس بدليل على عدم الوارث لأنهما قد يعلمان أنه لا وارث له فى تلك الأرض ويعلمان له وارثا فى غيرها فلم تقبل شهادتهما كما لو قالا لا نعلم له وارثا فى هذا البيت .

« مسألة » قال (من لم يكن من الرجال والنساء عاقلا مسلما بالغا عدلا لم تجز شهادته)

وجملته أن يعتبر فى الشاهد سبعة شروط :

أحدها أن يكون عاقلا ولا تقبل شهادة من ليس بعاقل إجماعا، قاله ابن المنذر وسواء ذهب عقله بجنون أو سكر أو طفولية ، وذلك لأنه ليس بمحصل ولا تحصل الثقة بقوله ، ولأنه لا يأثم بكذبه ولا يتحرز منه

الثانى أن يكون مسلما ونذكر هذا فيما بعد ان شاء الله تعالى

الثالث : أن يكون بالغا فلا تقبل شهادة صبى لم يبلغ بحال ، يروى هذا عن ابن عباس وبه قال القاسم وسالم وعطاء ومكحول وابن أبى ليلى والاوزاعى والثورى والشافعى وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأبو حنيفة وأصحابه . وعن أحمد رحمه الله رواية أخرى أن شهادتهم تقبل فى الجراح إذا شهدوا قبل الافتراق عن الحالة التى تجارحوا عليها ، وهذا قول مالك ، لأن الظاهر صدقهم وضبطهم فإن تفرقوا لم تقبل شهادتهم لأنه يحتمل أن يلقنوا

قال ابن الزبير : إن أخذوا عند مصاب ذلك فبالحرى أن يعقلوا ويحفظوا ، وعن الزهرى أن شهادتهم جائزة ويستحلف أولياء المشجوج ، وذكره عن مروان وروى عن احمد رواية ثالثة أن شهادته تقبل إذا كان ابن عشر ، قال ابن حامد : فعلى هذه الرواية تقبل شهادتهم فى غير الحدود والقصاص كالعبيد ، وروى عن على رضى الله عنه أن شهادة بعضهم تقبل على بعض ، وروى ذلك عن شريح والحسن والنخعى ، قال ابراهيم: كانوا يجيزون شهادة بعضهم على بعض فيما كان بينهم ، قال المغيرة : وكان أصحابنا لا يجيزون شهادتهم على رجل ولا على عبد .

وروى الإمام أحمد بإسناده عن مسروق قال : كنا عند على لجاءه خمسة غلمة فقالوا إنا كنا ستة غلمة نغتاط فغرق منا غلام ، فشهد الثلاثة على الاثنين أنهما غرقاه ، وشهد الاثنان على الثلاثة أنهم غرقوه ، فجعل على الاثنين ثلاثة أخماس الدية وجعل على الثلاثة خمسيها وقضى بنحو هذا مسروق ، والمذهب أن شهادتهم لا تقبل فى شيء لقول الله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم — وقال — وأشهدوا ذوى عدل منكم — وقال — ممن ترضون من الشهداء) والصبي ممن لا يرضى . وقال (لا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه)

فأخبر أن الشاهد الكاتم لشهادته آثم والصبي لا يأثم ، فيدل على أنه ليس بشاهد ، ولأن الصبي لا يخاف من مأثم الكذب فيزعه عنه ويمنعه منه فلا تحصل الثقة بقوله ؛ ولأن من لا يقبل قوله على نفسه فى الاقرار لا تقبل شهادته على غيره كالمجنون .

يحقق هذا أن الاقرار أوسع لأنه يقبل من الكافر والفاسق والمرأة ولا تصح الشهادة منهم ، ولان من لا تقبل شهادته فى المال لا تقبل فى الجراح كالفاسق ، ومن لا تقبل شهادته على من ليس بمثله لا تقبل على مثله كالمجنون

الشرط الرابع : العدالة لقول الله تعالى (وأشهدوا ذوى عدل منكم) ولا تقبل شهادة الفاسق لذلك ولقول الله تعالى (إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) فأمر بالتوقف عن نبأ الفاسق والشهادة نبأ فيجب التوقف عنه

وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا محدود فى الاسلام ولا ذى غمر على أخيه » رواه أبو عبيد ، وكان أبو عبيد لا يراه

خص بالخائن والخائنة أمانات الناس بل جميع ما افترض الله تعالى على العباد القيام به أو اجتنابه من صغير ذلك وكبيره ، قال الله تعالى (إنا عرضنا الامانة على السموات والارض والجبال) الآية ، وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال : لا يؤسر رجل بغير العدول ؛ ولان دين الفاسق لم يزعه عن ارتكاب محظورات الدين فلا يؤمن أن لا يزعه عن الكذب فلا تحصل الثقة بخبره ، إذا تقرر هذا فالفسوق نوعان : أحدهما من حيث الافعال فلا نعلم خلافا فى رد شهادته

والثاني: من جهة الاعتقاد وهو اعتقاد البدعة فيوجب رد الشهادة أيضا وبه قال مالك وشريك وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وقال شريك أربعة لاتجوز شهادتهم (رافضي) يزعم أن له اماما مفترضة طاعته (وخارجي) يزعم أن الدنيا دار حرب (وقدري) يزعم ان المشيئة اليه (ومرجيء) ورد شهادة يعقوب وقال: ألا أرد شهادة من يزعم أن الصلاة ليست من الإيمان؟ وقال ابو حامد من أصحاب الشافعي المختلفون على ثلاثة أضرب: ضرب اختلفوا في الفروع فهؤلاء لايفسقون بذلك ولا ترد شهادتهم وقد اختلف الصحابة في الفروع ومن بعدهم من التابعين.

الثاني من نفسقه ولا نكفره وهو من سب القرابة كالخوارج أو سب الصحابه كالروافض فلا تقبل لهم شهادة لذلك.

الثالث: من نكفره وهو من قال بخلق القرآن ونفى الرؤية وأضاف المشيئة الى نفسه فلا تقبل له شهادة، وذكر القاضي أبو يعلى: مثل هذا سواء، قال وقال أحمد ماتعجبني شهادة الجهميه والرافضه والقدرية لمعلنة، وظاهر قول الشافعي وابن أبي ليلى والثوري وأبي حنيفة وأصحابه قبول شهادة أهل الاهواء واجاز سوار شهادة ناس من بني العنبر ممن يرى الاعتزال قال الشافعي إلا أن يكونوا ممن يرى الشهادة بالكذب بعضهم لبعض كالخطابية وهم أصحاب أبي الخطاب يشهد بعضهم لبعض بتصديقه.

ووجه قول من اجاز شهادتهم انه اختلاف لم يخرجهم عن الإسلام اشبه الاختلاف في الفروع ولان فسقهم لا يدل على كذبهم لكونهم ذهبوا الى ذلك تدينا واعتقاداً انه الحق ولم يرتكبوه عالمين بتحريمه بخلاف فسق الأفعال

قال ابو الخطاب: ويتخرج على قبول شهادة اهل الذمه بعضهم على بعض ان الفسق الذي يتدين به من جهة الاعتقاد لاترد الشهادة به، وقد روى عن احمد جواز الروايه عن القدري اذا لم يكن داعية فكذلك الشهادة، ولنا انه احد نوعي الفسق فترد به الشهادة كالنوع الآخر ولان المبتدع فاسق فترد شهادته للآية والمعنى

الشرط الخامس: ان يكون متيقظا حافظا لما يشهد به، فان كان مغفلا او معروفا بكثرة الغلط لم تقبل شهادته

الشرط السادس: ان يكون ذا مروءة

الشرط السابع انتفاء الموانع وسنشرح هذه الشروط فى مواضعها إن شاء الله تعالى

(فصل) ظاهر كلام الخرقى أن شهادة البدوى على من هو من أهل القرية وشهادة أهل القرية على البدوى صحيحة اذا اجتمعت هذه الشروط ، وهو قول ابن سيرين وأبى حنيفة والشافعى وأبى ثور واختاره ابو الخطاب .

وقال الإمام أحمد اخشى أن لا تقبل شهادة البدوى على صاحب القرية فيحتمل هذا أن لا تقبل شهادته وهو قول جماعة من أصحابنا ومذهب أبى عبيد، وقال مالك كقول أصحابنا فيما عــــدا الجراح ، وكقول الباقين فى الجراح احتياطا للدماء ، واحتج أصحابنا بما روى أبو داود فى سننه عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « لا تجوز شهادة بدوى عن صاحب قرية » ولأنه متهم حيث عدل عن أن يشهد قرويا وأشهد بدويا

قال ابو عبيد ولا أرى شهادتهم ردت إلا لما فيهم من الجفاء بحقوق الله تعالى والجفاء فى الدين

ولنا : أن من قبلت شهادته على أهل البدو قبلت شهادته على أهل القرية كأهل القرى ويحمل الحديث على من لم تعرف عدالته من أهل البدو ، وتخصه بهذا لأن الغالب أنه لا يكون له من يسأله الحاكم فيعرف عدالته

« مسألة » قال (والعدل من لم تظهر منه ريبة ؛ وهذا قول ابراهيم النخعى وإسحــاق)

وجملته أن العدل هو الذى تعتدل أحواله فى دينه وأفعاله ، قال القاضى يكون ذلك فى الدين والمروءة والأحكام ، أما الدين فلا يرتــكب كبيرة ولا يداوم على صغيرة فإن الله تعالى أمر أن لا تقبل شهادة القاذف فيقاس عليه كل مرتــكب كبيرة ولا يخرجه عن العدالة فعل صغيرة لقول الله تعالى (الذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش إلا اللمم) قيل اللمم صغار الذنوب ولان التحرز منها غير ممكن جاء عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال

إن تغفر اللهم تغفر جمـــا وأى عبـــد لك لا ألما ؟

اى لم يلم فإن لا مع الماضى بمنزلة لم مع المستقبل ؛ وقيل اللمم بالذنب ثم

لا يعود فيه والكبائر كل معصية فيها حد والاشراك بالله وقتل النفس التى حرم الله وشهادة الزور وعقوق الوالدين

وروى أبو بكرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ الاشراك بالله وقتل النفس التى حرم الله وعقوق الوالدين ـ وكان متكئا فجلس فقال ـ ألا وقول الزور وقول الزور فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت » متفق عليه ، قال أحمد : ولا تجوز شهادة آكل الربا والعاق وقاطع الرحم ، ولا تقبل شهادة من لا يؤدى زكاة ماله ، وإذا أخرج فى طريق المسلمين الاسطوانة والكنيف لا يكون عدلا ولا يكون ابنه عدلا إذا ورث أباه حتى يرد ما أخذه من طريق المسلمين ولا يكون عدلا إذا كذب الكذب الشديد لأن النبى صلى الله عليه وسلم رد شهادة رجل فى كذبه

وقال عن الزهرى عن عروة عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود فى حد ولا ذى غمر على أخيه فى عداوة ولا القاطع لاهل البيت ولا مجرب عليه شهادة زور ولا ضنين فى ولاء ولا قرابة » وقد رواه أبو داود وفيه « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه »

فأما الصغائر فإن كان مصراً عليها ردت شهادته ، وإن كان الغالب من أمره الطاعات لم يرد لما ذكرنا من عدم إمكان التحرز منه

وأما المروءة فاجتناب الامور الدنيئة المزرية به وذلك نوعان : أحدهما من الافعال كالاكل فى السوق ، يعنى به الذى ينصب مائدة فى السوق ثم يأكل والناس ينظرون ، ولا يعنى به أكل الشيء اليسير كالكسرة ونحوها ، وان كان يكشف ما جرت العادة بتغطيته من بدنه أو يمد رجليه فى مجمع الناس أو يتمسخر بما يضحك الناس به ، أو يخاطب امرأته أو جاريته أو غيرهما بحضرة الناس بالخطاب الفاحش أو يحدث الناس بمباضعته أهله ، ونحو هذا من الافعال الدنيئة ففاعل هذا لا تقبل شهادته لأن هذا سخف ودناءة ، فمن رضيه لنفسه واستحسنه فليست له مروءة فلا تحصل الثقة بقوله

قال أحمد فى رجل شتم بهيمة قال : الصالحون لا تقبل شهادته حتى يتوب .

وقد روى أبو مسعود البدرى قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن مما أدرك الناس من كلام النبوة الأولى : إذا لم تستح فاصنع ما شئت » يعنى من لم يستح صنع ما شاء ، ولأن المروءة تمنع الكذب وتزجر عنه ، ولهذا يمتنع منه ذو المروءة وإن لم يكن ذا دين .

وقد روى عن أبى سفيان أنه حين سأله قيصر عن النبى صلى الله عليه وسلم وصفته فقال . والله لولا أنى كرهت أن يؤثر عنى الكذب لكذبته ، ولم يكن يومئذ ذا دين ، ولأن الكذب دناءة والمروءة تمنع من الدناءة ، وإذا كانت المروءة مانعة من الكذب اعتبرت فى العدالة كالدين ، ومن فعل شيئا من هذا مختفيا به لم يمنع من قبول شهادته لأن مروءته لا تسقط به ؛ وكذلك إن فعله مرة أو شيئا قليلا لم ترد شهادته لأن صغير المعاصى لا يمنع الشهادة إذا قل فهذا أولى ، ولأن المروءة لا تختل بقليل هذا ما لم يكن عادته

النوع الثانى : فى الصناعات الدنيئة كالكساح والكناس لا تقبل شهادتهما لما روى سعيد فى سننه « أن رجلا أتى ابن عمر فقال له : انى رجل كناس ، قال أى شىء تكنس ؟ الزبل ؟ قال لا ؛ قال فالعذرة ؟ قال نعم . قال منه كسبت المال ومنه تزوجت ومنه حججت ؟ قال نعم . قال الاجر خبيث وما تزوجت خبيث حتى تخرج منه كما دخلت فيه »

وعن ابن عباس مثله فى الكساح ، ولان هذا دناءة يجتنبه أهل المروءات فأشبه الذى قبله .

فأما الزبال والقراد والحجام ونحوهم ففيه وجهان :

أحدهما : لا تقبل شهادتهم لانه دناءة يجتنبه أهل المروءات فهو كالذى قبله .

والثانى تقبل لان بالناس اليه حاجة ، فعلى هذا الوجه إنما تقبل شهادته اذا كان يتنظف للصلاة فى وقتها ويصليها ، فإن صلى بالنجاسة لم تقبل شهادته وجها واحدا وأما الحائك والحارس والدباغ فهى أعلى من هذه الصنائع فلا ترد بها الشهادة ، وذكرها أبو الخطاب فى جملة ما فيه وجهان

وأما سائر الصناعات التي لا دناءة فيها فلا ترد الشهادة بها إلا من كان منهم يحلف كاذبا أو يعد ويخلف وغلب هذا عليه فإن شهادته ترد وكذلك من كان منهم يؤخر الصلاة عن أوقاتها أو لا يتنزه عن النجاسات فلا شهادة له ومن كانت صناعته محرمة كصانع المزامير والطنابير فلا شهادة له ومن كانت صناعته يكثر فيها الربا كالصائغ والصيرفي ولم يتوق ذلك ردت شهادته .

(فصل في اللعب) كل لعب فيه قمار فهو محرم أى لعب كان وهو من الميسر الذي أمر الله تعالى باجتنابه ومن تكرر منه ذلك ردت شهادته وما خلا من القمار وهو اللعب الذي لا عوض فيه من الجانبين ولا من أحدهما فمنه ماهو محرم ومنه ماهو مباح فأما المحرم فاللعب بالنرد وهذا قول أبي حنيفة وأكثر أصحاب الشافعي وقال بعضهم هو مكروه غير محرم .

ولنا : ماروى أبو موسى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « من لعب بالنردشير فقد عصى الله ورسوله »

وروى بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم الخنزير ودمه » رواهما ابو داود وكان سعيد بن جبير اذا مر على أصحاب النردشير لم يسلم عليهم .

اذا ثبت هذا : فمن تكرر منه اللعب به لم تقبل شهادته سواء لعب به قمارا أو غير قمار وهذا قول أبي حنيفة ومالك وظاهر مذهب الشافعي ، قال مالك من لعب بالنرد والشطرنج فلا أرى شهادته طائلة لان الله تعالى قال (فماذا بعد الحق إلا الضلال ؟) وهذا ليس من الحق فيكون من الضلال

(فصـــل)

فأما الشطرنج فهو كالنرد في التحريم إلا أن النرد آكد منه في التحريم لورود النص في تحريمه لكن هذا في معناه فيثبت فيه حكمه قياسا عليه .

وذكر القاضي أبو حسين ممن ذهب الى تحريمه على بن أبي طالب وابن عمر وابن عباس وسعيد بن المسيب والقاسم وسالما وعروة ومحمد بن على بن الحسين ومطر الوراق ومالكا وهو قول ابي حنيفة وذهب الشافعي الى اباحته ، وحكى ذلك اصحابه عن ابي هريرة وسعيد بن المسيب وسعيد بن جبير واحتجوا بأن الأصل

الاباحة ولم يرد بتحريمها نص ولا هي في معنى النصوص عليه فتبقى على الاباحة ويفارق الشطرنج النرد من وجهين

أحدهما : ان في الشطرنج تدبير الحرب فأشبه اللعب بالحراب والرمي بالنشاب والمسابقة بالخيل .

والثاني : أن المعول في النرد على ما يخرجه الكعبتان فأشبه الازلام والمعول في الشطرنج على حذقه وتدبيره فأشبه المسابقة بالسهام

ولنا : قول الله تعالى (إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) قال علي رضي الله عنه الشطرنج من الميسر . ومر علي رضي الله عنه على قوم يلعبون بالشطرنج فقال ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ؟ قال أحمد أصح ما في الشطرنج قول علي رضي الله عنه

وروى واثلة بن الأسقع رضي الله عنه قال : قال رسول صلى الله عليه وسلم « إن الله عز وجل ينظر في كل يوم ثلاثمائة وستين نظرة ليس لصاحب الشاة فيها نصيب » رواه أبو بكر بإسناده ولأنه لعب يصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة فأشبه اللعب بالنرد .

وقولهم لا نص فيها . قد ذكرنا فيها نصاً وهي أيضا في معنى النرد المنصوص على تحريمه ، وقولهم إن فيها تدمير الحرب . قلنا ، لا يقصد هذا منها وأكثر اللاعبين بها إنما يقصدون منها اللعب أو القمار ، وقولهم إن المعول فيها على تدميره فهو أبلغ في اشتغاله بها وصدها عن ذكر الله والصلاة .

إذا ثبت هذا : فقال أحمد النرد أشد من الشطرنج وإنما قال ذلك لورود النص في النرد والاجماع على تحريمه بخلاف الشطرنج ، وإذا ثبت تحريمها فقال القاضي هو كالنرد في رد الشهادة به وهذا قول مالك وأبو حنيفة لأنه محرم مثله

وقال ابو بكر : إن فعله من يعتقد تحريمه فهو كالنرد في حقه ، وإن فعله من يعتقد اباحته لم ترد شهادته الا أن يشغله عن الصلاة في اوقاتها او يخرجه الى الحلف الكاذب ونحوه من المحرمات او يلعب بها على الطريق او يفعل في لعبه مايستخف به من أجله ونحو هذا مما يخرجه عن المروءة ، وهذا مذهب الشافعي وذلك لأنه مختلف فيه فأشبه سائر المختلف فيه

(فصـــل)

واللاعب بالحمام يطيرها لا شهادة له ، وهذا قول أصحاب الرأى ، وكان شريح لا يجيز شهادة صاحب حمام ولا حمـــام ، وذلك لانه سفه ودناءة وقلة مروءة ويتضمن أذى الجيران بطيره وإشرافه على دورهم ورميه إياها بالحجارة

وقد رأى النبي صلى الله عليه وسلم رجلا يتبع حماما فقال «شيطان يتبع شيطانة» وان اتخذ الحمام لطلب فراخها أو لحمل الكتب أو للأنس بها من غير أذى يتعدى الى الناس لم ترد شهادته .

وقد روى عبادة بن الصامت أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فشكى اليه الوحشة فقال « اتخذ زوجا من حمام »

(فصل) فأما المسابقة المشروعة بالخيل وغيرها من الحيوانات أو على الاقدام فمباحة لا دناءة فيها ولا ترد به الشهادة ، وقد ذكرنامشروعية ذلك فى باب المسابقة وكذلك مافى معناه من الثقاف واللعب بالحراب ، وقد لعب الحبشه بالحراب بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقامت عائشة خلفه تنظر اليهم وتستتر به حتى ملت ، ولان فى هذا تعلما للحرب فإنه من آلاته فأشبه المسابقة بالخيل والمناضلة وسائر اللعب اذا لم يتضمن ضرراً ولا شغلا عن فرض فالاصل إباحته . فما كان منه فيه دناءة يترفع عنه ذوو المروءات منع الشهادة اذا فعله ظاهرا وتكرر منه ، وما كان منه لا دناءة فيه لم ترد بها الشهادة بحال

(فصل فى الملاهى) وهى على ثلاثة أضرب (محرم) وهو ضرب الاوتار والنايات والمزامير كلها والعود والطنبور والمعزفة والرباب ونحوها فمن أدام استماعها ردت شهادته ، لأنه يروى عن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال « اذا ظهرت فى أمتى خمس عشرة خصلة حل بهم البلاء» فذكر منها اظهار المعازف والملاهى

وقال سعيد ثنا فرج بن فضالة عن على بن يزيد عن القاسم عن أبى أمامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ان الله بعثنى رحمة للعالمين وأمرنى بمحق المعازف والمزامير ، لا يحل بيعهن ولا شراؤهن ولا تعليمهن ولا التجارة فيهن وثمنهن حرام » يعنى الضاربات

وروى نافع قال « سمع ابن عمر مزماراً قال فوضع أصبعيه فى أذنيه ونأى عن الطريق وقال لى : يا نافع هل تسمع شيئا ؟ قال فقلت لا ، قال فرفع أصبعيه من أذنيه وقال : كنت مع النبي صلى الله عليه وسلم فسمع مثل هذا فصنع مثل هذا » رواه الخلال فى جامعه من طريقين ، ورواه أبو داود فى سننه وقال حديث منكر

وقد احتج قوم بهذا الخبر على إباحة المزمار وقالوا : لو كان حراماً لمنع النبي صلى الله عليه وسلم ابن عمر من سماعه ومنع ابن عمر نافعا من استماعه ، ولأنكر على الزامر بها .

قلنا أما الأول فلا يصح لان المحرم استماعها دون سماعها والاستماع غير السماع ، ولهذا فرق الفقهاء فى سجود التلاوة بين السامع والمستمع ولم يوجبوا على من سمع شيئا محرما سد أذنيه وقال الله تعالى (واذا سمعوا اللغو أعرضوا عنه) ولم يقل سدوا آذانهم ، والمستمع هو الذى يقصد السماع ولم يوجد هذا من ابن عمر وإنما وجد منه السماع ، ولأن بالنبي صلى الله عليه وسلم حاجة إلى معرفة انقطاع الصوت عنه لانه عدل عن الطريق وسد أذنيه ، فلم يكن ليرجع الى الطريق ولا يرفع أصبعيه عن أذنيه حتى ينقطع الصوت عنه فأبيح للحاجة

وأما الإنكار فلعله كان فى أول الهجرة حين لم يكن الانكار واجبا ، أو قبل إمكان الانكار لكثرة الكفار وقلة أهل الاسلام .

فإن قيل فهذا الخبر ضعيف فإن أبا داود رواه وقال هو حديث منكر

قلنا قد رواه الخلال بإسناده من طريقين فلعل أبا داود ضعفه لانه لم يقع له الا من إحدى الطريقين ، وضرب مباح وهو الدف فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدف » أخرجه مسلم .

وذكر أصحابنا وأصحاب الشافعى أنه مكروه فى غير النكاح ، لانه يروى عن عمر أنه كان اذا سمع صوت الدف بعث فنظر فإن كان فى وليمة سكت وان كان فى غيرها عمد بالدرة .

ولنا ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم « أن امرأة جاءته فقالت : إنى نذرت ان رجعت من سفرك سالما أن أضرب على رأسك بالدف ، فقال النبي (ص)

أوف بنذرك ، رواه أبو داود ، ولو كان مكروها لم يأمرها به وان كان منذورا .

وروت الربيع بن معوذ قالت « دخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم صبيحة بنى بى فجعلت جويريات يضربن بدف لهن ويندبن من قتل من آبائى يوم بدر — الى أن قالت احداهن — وفينا نبى يعلم ما فى غد ، فقال دعى هذا وقولى الذى كنت تقولين » متفق عليه

وأما الضرب به للرجال فمكروه على كل حال لانه انما كان يضرب به النساء والمخنثون المتشبهون بهن ، ففى ضرب الرجال به تشبه بالنساء وقد لعن النبى (ص) المتشبهين من الرجال بالنساء

فأما الضرب بالقضيب فمكروه اذا انضم اليه محرم أو مكروه كالتصفيق والغناء والرقص ، وان خلا عن ذلك كله لم يكره لانه ليس بآلة ولا يطرب ولا يسمع منفرداً بخلاف الملاهى ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كما قلنا

(فصـــل)

واختلف أصحابنا فى الغناء فذهب أبو بكر الخلال وصاحبه أبو بكر عبد العزيز الى اباحته . قال أبو بكر عبد العزيز : والغناء والنوح معنى واحد مباح ما لم يكن معه منكر ولا فيه طعن ، وكان الخلال يحمل الكراهة من أحمد على الافعال المذمومة لا على القول بعينه

وروى عن أحمد أنه سمع عند ابنه صالح قوالا فلم ينكر عليه ، وقال له صالح يا أبه أليس كنت تكره هذا ؟ فقال : انه قيل لى انهم يستعملون المنكر ، وممن ذهب الى اباحته من غير كراهة سعد بن ابراهيم وكثير من أهل المدينة والعنبرى لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : كانت عندى جاريتان تغنيان فدخل أبو بكر فقال : مزمور الشيطان فى بيت رسول الله (ص) ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : دعهما فإنها أيام عيد » متفق عليه

وعن عمر رضى الله عنه أنه قال : الغناء زاد الراكب ، واختار القاضى انه مكروه غير محرم ، وهو قول الشافعى قال هو من اللهو المكروه . وقال أحمد : الغناء ينبت النفاق فى القلب لا يعجبنى

وذهب آخرون من أصحابنا الى تحريمه ، قال أحمد فيمن مات وخلف ولداً

يتيما وجارية مغنية فاحتاج الصبي إلى بيعها تباع ساذجة ، قيل له إنها تساوى مغنية ثلاثين ألفا وتساوى ساذجة عشرين دينارا ، قال لا تباع إلا على أنها ساذجه . واحتجوا على تحريمه بما روى عن ابن الحنفية فى قوله تعالى (واجتنبوا قول الزور) قال الغناء . وقال ابن عباس وابن مسعود فى قوله (ومن الناس من يشترى لهو الحديث) قال هو الغناء

وعن أبى أمامة « أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن شراء المغنيات وبيعهن والتجارة فيهن وأكل أثمانهن حرام » أخرجه الترمذى وقال لا نعرفه إلا من حديث على بن يزيد ، وقد تكلم فيه أهل العلم

وروى ابن مسعود « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : الغناء ينبت النفاق فى القلب » والصحيح أنه من قول ابن مسعود ، وعلى كل حال من اتخذ الغناء صناعة يؤتى له ويأتى له أو اتخذ غلاما أو جارية مغنيين يجمع عليهما الناس فلا شهادة له لأن هذا عند من لم يحرمه سفه ودناءة وسقوط مروءة ، ومن حرمه فهو مع سفهه عاص مصر متظاهر بفسوقه ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى . وان كان لاينسب نفسه الى الغناء وإنما يترنم لنفسه ولا يغنى الناس ، أو كان غلامه وجاريته إنما يغنيان له انبنى هذا على الخلاف فيه فمن أباحه أو كرهه لم ترد شهادته ، ومن حرمه قال : إن داوم عليه ردت شهادته كسائر الصغائر وإن لم يداوم عليه لم ترد شهادته ، وإن فعله من يعتقد حله فقياس المذهب أنه لا ترد شهادته بما لا يشتهر به منه كسائر المختلف فيه من الفروع ، ومن كان يغشى بيوت الغناء أو يغشاه المغنون للسماع متظاهراً بذلك وكثر منه ردت شهادته فى قولهم جميعا لأنه سفه ودناءة ، وان كان معتبراً به فهو كالمغنى لنفسه على ما ذكر من التفصيل فيه

(فصـــل)

وأما الحداء وهو الإنشـــاد الذى تساق به الابل فمباح لا بأس به فى فعله واستماعه لما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : كنا مع رسول الله (ص) فى سفر وكان عبد الله بن رواحة جيد الحداء وكان مع الرجال ، وكان أنجشة مع النسـاء ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لابن رواحة . حرك بالقوم فاندفع يرتجز فتبعه أنجشة فأعنقت الابل ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأنجشة : رويدك

رفقا بالقوارير » يعني النساء ، وكذلك نشيد الاعراب وهو النصب لا بأس به وسائر أنواع الانشاد ما لم يخرج الى حد الغناء ، وقد كان النبي صلى الله عليه وسلم يسمع إنشاد الشعر فلا ينكره والغناء من الصوت ممدود مكسور ، والغنى من المال مقصور ، والحداء مضموم ممدود كالدعاء والرغاء ، ويجوز الكسر كالنداء والهجاء والغذاء .

(فصل) والشعر كالكلام . حسنه كحسنه وقبيحه كقبيحه ، وقد روى عن النبي صلى الله عليه أنه قال « ان من الشعر لحكما » وكان يضع لحسان منبراً يقوم عليه فيهجو من هجى رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين ، وأنشده كعب ابن زهير قصيدة « بانت سعاد فقلبي اليوم مبتول » في المسجد ، وقال له عمه العباس يا رسول الله اني أريد أن أمتدحك ، فقال قل : لا يفضض الله فاك ، فأنشده

من قبلها طبت فى الظلال ... وفى مستودع حيث يخصف الورق

وقال عمرو بن الشريد : أردفني رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « أمعك من شعر أمية ؟ قلت نعم فأنشدته بيتا فقال « هيه » فأنشدته بيتا فقال « هيه » حتى أنشدته مائة قافية ، وقال النبى (ص) يوم حنين

أنا النبى لا كذب ... أنا ابن عبد المطلب

وقد اختلف فى هذا فقيل ليس بشعر وانما هو كلام موزون ، وقيل بل هو شعر ولكنه بيت واحد قصير فهو كالنثر . ويروى أن أبا الدرداء قيل له ما من أهل بيت فى الانصار الا وقد قال الشعر ، قال وأنا قد قلت

يريد المرء أن يعطى مناه ... ويأبى الله الا ما أرادا

يقول المرء فائدتى ومالى ... وتقوى الله أفضل ما استفادا

وليس فى اباحة الشعر خلاف ، وقد قاله الصحابة والعلماء ، والحاجة تدعو اليه لمعرفة اللغة والعربية والاستشهاد به فى التفسير ، وتعرف معانى كلام الله تعالى وكلام رسوله صلى الله عليه وسلم ، ويستدل به أيضا على النسب والتاريخ وأيام العرب ، ويقال الشعر ديوان العرب ، فإن قيل فقد قال الله تعالى (والشعراء يتبعهم الغاوون)

وقال النبي صلى الله عليه وسلم « لأن يمتلىء جوف أحدكم قيحاً حتى يريه خير له من أن يمتلىء شعراً » رواه أبو داود وأبو عبيد وقال معنى يريه يأكل جوفه يقال وراه يريه قال الشاعر :

وراهن ربي مثل ما قد وريتني ... وأحمى على أكبادهن المكاويا

قلنا أما الاية فالمراد بها من أسرف وكذب بدليل وصفه لهم بقوله (ألم تر أنهم فى كل واد يهيمون وأنهم يقولون مالا يفعلون ؟) ثم استثنى المؤمنين فقال (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله كثيراً) ولأن الغالب على الشعراء قلة الدين والكذب وقذف المحصنات وهجاء الأبرياء سيما من كان فى ابتداء الاسلام ممن يهجو المسلمين ويهجو النبي صلى الله عليه وسلم ويعيب الاسلام ويمدح الكفار فوقع الذم على الأغلب واستثنى منهم من لا يفعل الخصال المذمومة فالآية دليل على إباحته ومدح أهله المتصفين بالصفات الجميلة :

وأما الخبر فقال أبو عبيدة معناه أن يغلب عليه الشعر حتى يشغله عن القرآن والفقه وقيل المراد به ما كان هجاء وفحشا فما كان من الشعر يتضمن هجو المسلمين والقدح فى أعراضهم أوالتشبب بامرأة بعينها والافراط فى وصفها فذكر أصحابنا أنه محرم وهذا إن أريد به أنه محرم على قائله فهو صحيح وأما على راويه فلا يصح فإن المغازى تروى فيها قصائد الكفار الذين هجوا بها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينكر ذلك أحد

وقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أذن فى الشعر الذى تقاولت به الشعراء فى يوم بدر وأحد وغيرهما إلا قصيدة أمية بن أبى الصلت الحائية ، وكذلك يروى شعر قيس بن الحطيم فى التشبيب بعمرة بنت رواحة أخت عبدالله بن رواحة وأم النعمان بن بشير .

وقد سمع النبي صلى الله عليه وسلم قصيدة كعب بن زهير وفيها التشبيب بسعاد ولم يزل الناس يروون أمثال هذا ولا ينكر . وروينا ان النعمان بن بشير دخل مجلساً فيه رجل يغنيهم بقصيدة قيس بن الحطيم فلما دخل النعمان سكتوه من قبل أن فيها ذكر امه فقال النعمان دعوه فإنه لم يقل بأسا إنما قال :

وعمرة من سروات النساء ... تنفح بالمسك أردانها

وكان عمران بن طلحة فى مجلس فغناهم رجل بشعر فيه ذكر أمه فسكتوه من أجله ، فقال دعوه فإن قائل هذا الشعر كان زوجها .

فأما الشاعر فمتى كان يهجو المسلمين أو يمدح بالكذب أو يقذف مسلما أو مسلمة فإن شهادته ترد وسواء قذف المسلمة بنفسه أو بغيره ، وقد قيل أعظم الناس ذنبا رجل يهاجى رجلا فيهجو القبيلة بأسرها

وقد روينا أن أبا دلامة شهد عند قاض أظنه ابن أبى ليلى فخاف أن يرد شهادته فقال :

إن الناس غطونى تغطيت عنهم وإن بحثوا عنى ففيهم مباحث

فقال القاضى : ومن يبحثك يا أبا دلامة ؟ وغرم المال من عنده ولم يظهر انه رد شهادته .

﴿ فصل فى قراءة القرآن بالألحان ﴾

أما قراءته من غير تلحين فلا بأس به وان حسن صوته فهو أفضل فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « زينوا أصواتكم بالقرآن ـ وروى ـ زينوا القرآن باصواتكم ـ وقال ـ لقد أوتى أبو موسى مزمارا من مزامير آل داود »

وروى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لأبى موسى « لقد مررت بك البارحة وأنت تقرأ ولقد اوتيت مزماراً من مزامير آل داود . فقال ابو موسى: لو اعلم أنك تسمع لحبرته لك تحبيراً »

وروى «ان عائشة رضى الله عنها أبطأت على النبى صلى الله عليه وسلم ليلة فقال أين كنت ياعائشة ؟ . فقالت يا رسول الله كنت استمع قراءة رجل فى المسجد لم أسمع احدا يقرأ احسن من قراءته فقام النبى صلى الله عليه وسلم فاستمع قراءته ثم قال : هذا سالم مولى ابى حذيفة الحمد لله الذى جعل فى امتى مثل هذا » وقال صالح قلت لابى « زينوا القرآن بأصواتكم » ما معناه ؟ قال ان يحسنه وقيل له مامعنى « من لم يتغن بالقرآن» قال يرفع صوته به وهكذا قال الشافعى وقال الليث يتحزن به ويتخشع به ويتباكى به ، وقال ابن عيينة وعمرو بن الحارث ووكيع يستغنى به

فأما القراءة بالتلحين فينظر فيه فإن لم يفرط فى التمطيط والمد وإشباع الحركات فلا بأس به فإن النبي صلى الله عليه وسلم قد قرأ ورجع ورفع صوته . قال الراوى لولا أن يجتمع الناس علىّ لحكيت لكم قراءته . وقال عليه السلام « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » وقال « ما أذن الله لشىء كإذنه لنبى حسن الصوت يتغنى بالقرآن يجهر به ومعنى أذن : استمع . قال الشاعر :

فى سمـــاع يأذن الشيـخ له

وقال القاضى هو مكروه على كل حال ، ونحوه قول أبي عبيد ، وقال معنى قوله « ليس منا من لم يتغن بالقرآن » أى يستغنى به . قال الشاعر

وكنت امرءاً زمنـاً بالعراق عفيف المنـاخ كثير التغنى

قال ولو كان من الغناء بالصوت لكان من لم يغن بالقرآن ليس من النبي (ص) وروى نحو هـذا التفسير عن ابن عيينة . وقال القاضى أحمد بن محمد البرنى : هذا قول من أدركنا من أهل العلم . وقال الوليد بن مسلم : يتغنى بالقرآن يجهر به . وقيل يحسن صوته به

والصحيح أن هذا القدر من التلحين لا بأس به لأنه لو كان مكروها لم يفعله النبي صلى الله عليه وسلم ، ولا يصح حمله على التغنى فى حديث « ما أذن الله لشىء كإذنه لنبى يتغنى بالقرآن» على الاستغناء لأن معنى أذن استمع وإنما تستمع القراءة ثم قال يجهر به والجهر صفة القراءة لا صفة الاستغناء

فأما إن أفرط فى المد والتمطيط وإشباع الحركات بحيث يجعل الضمة واواً والفتحة ألفاً والكسرة ياء كره ذلك ، ومن أصحابنا من يحرمه لأنه يغير القرآن ويخرج الكلمات عن وضعها ويجعل الحركات حروفا

وقد روينا عن أبي عبد الله أن رجلا سأله عن ذلك فقال له . ما اسمك ؟ قال محمـد ، قال أيسرك أن يقال لك يا موحامد ؟ قال لا ، فقال : لا يعجبنى أن يتعلم الرجل الألحان إلا أن يكون حرمه مثل حرم أبي موسى ، فقال له رجل فيكلمون فقال لا كل ذا . واتفق العلماء على أنه تستحب قراءة القرآن بالتحزين والترتيل والتحســـين ، وروى بريدة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « اقرءوا القرآن بالحزن فإنه نزل بالحزن »

وقال المروذى سمعت أبا عبد الله قال لرجل : لو قرأت ، وجعل أبو عبد الله ربما تغرغرت عينه .

وقال زهير بن حرب : كنا عند يحيى القطان فجاء محمد بن سعيد الترمذى فقال له يحيى اقرأ فقرأ فغشى على يحيى حتى حمل فأدخل . وقال محمد بن صالح العدوى قرأت عند يحيى بن سعيد القطان فغشى عليه حتى فاته خمس صلوات

(فصـــل)

ولا تقبل شهادة الطفيلى ، وهو الذى يأتى طعام الناس من غير دعوة ، وبهذا قال الشافعى ولا نعلم فيه مخالفا ، وذلك لأنه يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أتى الى طعام لم يدع اليه دخل سارقاً وخرج مغيراً » ولأنه يأكل محرما ويفعل ما فيه سفه ودناءة وذهاب مروءة ، فإن لم يتكرر هذا منه لم ترد شهادته لأنه من الصغائر

(فصل) ومن سأل من غير أن تحل له المسألة فأكثر ردت شهادته لأنه فعل محرما وأكل سحتا وأتى دناءة . وقد روى قبيصة قال : قال رسول الله (ص) « إن المسألة لا تحل إلا لأحد ثلاثة : رجل أصابته جائحة فاجتاحت ماله فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش ، أو سداداً من عيش ، ورجل أصابته فاقة حتى يشهد ثلاثة من ذوى الحجى من قومه لقد أصابت فلانا فاقة فحلت له المسألة حتى يصيب قواما من عيش أو سداداً من عيش ، ورجل تحمل حمالة فحلت له المسألة حتى يصيبها ثم يمسك ، فما سوى ذلك من المسألة فهو سحت يأكله صاحبه سحتا يوم القيامة » رواه مسلم

وأما السائل ممن تباح له المسأله فلا ترد شهادته بذلك إلا أن يكون أكثر عمره سائلا أو يكثر ذلك منه فينبغى أن ترد شهادته لأن ذلك دناءة وسقوط مروءة ، ومن أخذ من الصدقة ممن يجوز له الأخذ من غير مسألة لم ترد شهادته لانه فعل جائز لا دناءة فيه ، وان أخذ منها مالا يجوز له وتكرر ذلك منه ردت شهادته لأنه مصر على الحرام

(فصل) ومن فعل شيئا من الفروع مختلفا فيه معتقداً إباحته لم ترد شهادته كالمتزوج بغير ولى أو بغير شهود ، وآكل متروك التسمية وشارب يسير النبيذ

نص عليه أحمد فى شارب النبيذ يحد ولا ترد شهادته ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك ترد شهادته لأنه فعل ما يعتقد الحاكم تحريمه فأشبه المتفق على تحريمه .

ولنا أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يختلفون فى الفروع فلم يكن بعضهم يعيب من خالفه ولا يفسقه ، ولأنه نوع مختلف فيه فلم ترد شهادة فاعله كالذى يوافقه عليه الحاكم ، وإن فعل ذلك معتقداً تحريمه ردت شهادته به إذا تكرر . وقال أصحاب الشافعى لا ترد شهادته به لأنه فعل لا ترد به شهادة بعض الناس فلا ترد به شهادة البعض الآخر كالمتفق على حله

ولنا أنه فعل يحرم على فاعله ويأثم به فأشبه المجمع على تحريمه ، وبهذا فارق معتقد حله ، وقد روى عن أحمد فيمن يجب عليه الحج فلا يحج ترد شهادته ، وهذا يحمل على من اعتقد وجوبه على الفور .

فأما من يعتقد أنه على التراخى ويتركه بنية فعله فلا ترد شهادته كسائر ماذكرنا ، ويحتمل أن ترد شهادته مطلقا لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من قدر على الحج فلم يحج فليمت ان شاء يهوديا أو نصرانيا » وقال عمر : لقد هممت أن أنظر فى الناس فمن وجدته يقدر على الحج ولا يحج ضربت عليه الجزية ، ثم قال ما هم بمسلمين ما هم بمسلمين .

« مسألة » قال (وتجوز شهادة الكفار من أهل الكتاب فى الوصية فى السفر إذا لم يكن غيرهم)

وجملته أنه إذا شهد بوصية المسافر الذى مات فى سفره شاهدان من أهل الذمة قبلت شهادتهما إذا لم يوجد غيرهما ويستحلفان بعد العصر ما خانا ولا كتما ولا اشتريا به ثمنا ولو كان ذا قربى ، ولا نكتم شهادة الله انا إذاً لمن الآثمين

قال ابن المنذر : وبهذا قال أكابر الماضين ، يعنى الآية التى فى سورة المائدة ، وممن قاله شريح والنخعى والأوزاعى ويحيى بن حمزة ، وقضى بذلك ابن مسعود وأبو موسى رضى الله عنهما .

وقال أبو حنيفة ومالك والشافعى : لا تقبل لأن من لا تقبل شهادته على غير

الوصية لاتقبل فى الوصية كالفاسق ولأن الفاسق لاتقبل شهادته فالكافر أولى واختلفوا فى تأويل الآية فمنهم من حملها على التحمل دون الأداء ، ومنهم من قال المراد بقوله من غيركم أى من غير عشيرتكم ؛ ومنهم من قال الشهادة فى الآيه اليمين .

ولنا قول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت) الآية ، وهذا نص الكتاب ، وقد قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه ، فروى ابن عباس قال : خرج رجل من بنى سهم مع تميم الدارى وعدى بن زيد فمات السهمى بأرض ليس بها مسلم فلما قدما بتركته فقدوا جام فضة مخوصاً بالذهب فأحلفهما رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم وجدوا الجام بمكة فقالوا اشتريناه من تميم وعدى ، فقام رجلان من أوليـاء السهمى فحلفا بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما وان الجام لصاحبهم فنزلت فيهم (يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم) الآية .

وعن الشعبى « أن رجلا من المسلمين حضرته الوفاة بدقوقا ولم يجد أحداً من المسلمين يشهده على وصيته فأشهد رجلين من أهل الـكتاب ، فقدما الـكوفة فأتيا الأشعرى فأخبراه وقدما بتركته ووصيته ، فقال الأشعرى هذا أمر لم يكن بعد الذى كان فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأحلفهما بعد العصر ما خانا ولا كذبا ولا بدلا ولا كتما ولا غيرا وأنها لوصية الرجل وتركته فأمضى شهادتهما » رواهما أبو داود فى سننه .

وروى الخلال حديث أبى موسى بإسناده وحمل الآية على أنه أراد من غير عشيرتكم لا يصح لان الآية نزلت فى قضيه عدى وتميم بلا خلاف بين المفسرين وقد فسرها بما قلنا سعيد بن المسيب والحسن وابن سيرين وعبيدة وسعيد بن جبير والشعبى وسليمان التيمى وغيرهم ، ودلت عليه الاحاديث التى رويناها ، ولأنه لو صح ماذكروه لم تجب الأيمان لان الشاهدين من المسلمين لا قسامة عليهم ، وحملها على التحمل لا يصح لأنه امر بإحلافهم ولا أيمان فى التحمل ، وحملها على اليمين لا يصح لقوله (فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشترى به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله) الآية ، ولأنه عطفها على ذوى العدل من المؤمنين وهما شاهدان .

وروى ابو عبيد فى الناسخ والمنسوخ ان ابن مسعود قضى بذلك فى زمن عثمان ، قال احمد أهل المدينة ليس عندهم حديث أبى موسى من أين يعرفونه ؟ فقد ثبت هذا الحكم بكتاب الله وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضاء الصحابة به وعملهم بما ثبت فى الكتاب والسنه فتعين المصير اليه والعمل به سواء وافق القياس أو خالفه .

« مسألة » قال (ولا تجوز شهادتهم فى غير ذلك)

مذهب أبى عبد الله ان شهادة اهل الكتاب لا تقبل فى شيء على مسلم ولا كافر غير ما ذكرنا ، رواه عنه نحو من عشرين نفساً ، وممن قال لا تقبل شهادتهم الحسن وابن ابى ليلى والأوزاعى ومالك والشافعى وأبو ثور ، ونقل حنبل عن أحمد ان شهادة بعضهم على بعض لم تقبل ، وخطأه الخلال فى نقله ، هذا وكذلك صاحبه ابو بكر قال : هذا غلط لا شك فيه ، وقال ابن حامد بل المسألة على روايتين، وقال أبو حفص البرمكى : تقبل شهادة السبى بعضهم لبعض فى النسب إذا ادعى أحدهم انالآخر أخوه والمذهب الاول والظاهر غلط من روى خلاف ذلك وذهبت طائفة من أهل العلم الى أن شهادة بعضهم على بعض تقبل ثم اختلفوا فمنهم من قال الكفر كله ملة واحدة فتقبل شهادة اليهودى على النصرانى والنصرانى على اليهودى ، هذا قول حماد وسوار والثورى والبتى وابى حنيفه وأصحابه ، وعن قتادة والحكم وابى عبيد واسحاق تقبل شهادة كل ملة بعضها على بعض ولا تقبل شهادة يهودى على نصرانى ولا نصرانى على يهودى ، وروى عن الزهرى والشعبى كقولنا وكقولهم .

واحتجوا بما روى عن جابر « أن النبى صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض» رواه ابن ماجة، ولأن بعضهم يلى على بعض فتقبل شهادة بعضهم على بعض كالمسلمين .

ولنا قول الله تعالى (وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء) والكافر ليس بذى عدل ولا هو منا ولا من رجالنا ولا ممن نرضاه .

ولأنه لا تقبل شهادته على غير أهل دينه فلا تقبل على أهل دينه كالحربى ، والخبر يرويه مجالد وهو ضعيف ، وإن ثبت فيحتمل أنه أراد اليمين فإنها تسمى شهادة ، قال الله تعالى فى اللعان (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين) وأما الولاية فتعلقها القرابة والشفقة ، وقرابتهم ثابتة وشفقتهم كشفقة المسلمين وجازت لموضع الحاجة ، فإن غير أهل دينهم لا يلى عليهم ، والحاكم يتعذر عليه ذلك لكثرتهم بخلاف الشهادة فإنها ممكنة من المسلمين ، وقد روى عن معاذ أن النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يقبل شهادة أهل دين إلا المسلمين فإنهم عدول على أنفسهم وعلى غيرهم

« مسألة » قال ﴿ ولا تقبل شهادة خصم ولا جارّ الى نفسه ولا دافع عنها ﴾

أما الخصم فهو نوعان . أحدهما : كل من خاصم فى حق لا تقبل شهادته فيه كالوكيل لا تقبل شهادته فيما هو وكيل فيه ، ولا الوصى فيما هو وصى فيه ، ولا الشريك فيما هو شريك فيه ، ولا المضارب بمال أو حق للمضاربة ، ولو غصب الوديعة من المودع وطالب بها لم تقبل شهادته فيها وكذلك ما أشبه هذا لأنه خصم فيه فلم تقبل شهادته به كالمالك

والثانى : العدو فشهادته غير مقبولة على عدوه فى قول أكثر أهل العلم ، روى ذلك عن ربيعة والثورى وإسحاق ومالك والشافعى ، ويريد بالعداوة ههنا العداوة الدنيوية ، مثل أن يشهد المقذوف على القاذف والمقطوع عليه الطريق على القاطع ، والمقتول وليه على القاتل ، والمجروح على الجارح ، والزوج يشهد على امرأته بالزنا فلا تقبل شهادته لأنه يقر على نفسه بعداوته لها لإفسادها فراشه

فأما العداوة فى الدين كالمسلم يشهد على الكافر ، أو المحق من أهل السنة يشهد على مبتدع فلا ترد شهادته لأن العدالة بالدين ، والدين يمنعه من ارتكاب محظور دينه . وقال أبو حنيفة : لا تمنع العداوة الشهادة لأنها لا تخل بالعدالة فلا تمنع الشهادة كالصداقة .

ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال ، قال رسول الله (ص) « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذى غمر على أخيه »

رواه أبو داود . الغمر الحقد ، ولأن العداوة تورث التهمة فتمنع الشهادة كالقرابة القريبة . وتخالف الصداقه فإن فى شهادة الصديق لصديقه بالزور نفع غيره بمضرة نفسه وبيع آخرته بدنيا غيره؛ وشهادة العدو على عدوه يقصد بها نفع نفسه بالتشفى من عدوه فافترقا .

فإن قيل فلم قبلتم شهادة المسلمين على الكفار مع العداوة ؟ قلنا العداوة ههنا دينية والدين لا يقتضى شهادة الزور ولا أن يترك دينه بموجب دينه .

فصل

فإن شهد على رجل بحق فقذفه المشهود عليه لم ترد شهادته بذلك لأننا لو أبطلنا شهادته بهذا لتمكن كل مشهود عليه من إبطال شهادة الشاهد بأن يقذفه ، ويفارق ما لو طرأ الفسق بعد أداء الشهادة وقبل الحكم ، فإن رد الشهادة فيه لا يفضى الى ذلك بل الى عكسه ، ولأن طريان الفسق يورث تهمة فى حال أداء الشهادة لأن العادة إسراره فظهوره بعد أداء الشهادة يدل على أنه كان يسره حالة أدائها ، وههنا حصلت العداوة بأمر لا تهمة على الشاهد فيه ، وأما المحاكمة فى الأموال فليست بعداوة تمنع الشهادة فى غير ما حاكم فيه .

وأما قوله : ولا جارٌ الى نفسه ، فإن الجار إلى نفسه هو الذى ينتفع بشهادته ويجر اليه بها نفعا كشهادة الغرماء للمفلس بدين أو عين ، وشهادتهم للميت بدين أو مال فإنه لو ثبت للمفلس أو الميت دين أو مال تعلقت حقوقهم به ، ويفارق ما لو شهد الغرماء لحى لا حجر عليه بمال فإن شهادتهم تقبل لأن حقهم لا يتعلق بماله وإنما يتعلق بذمته .

فإن قيل إذا كان معسراً سقطت عنه المطالبة ، فإذا شهدا له بمال ملكا مطالبته فجروا إلى أنفسهم نفعا . قلنا لم تثبت المطالبة بشهادتهم إنما تثبت بيساره وإقراره لدعواه الحق الذى شهدوا به ولا تقبل شهادة الوارث للموروث بالجرح قبل الاندمال لأنه قد يسرى الجرح الى نفسه فتجب الدية لهم بشهادتهم ولا شهادة الشفيع ببيع شقص له فيه الشفعة ، ولا شهادة السيد لعبده المأذون له فى التجارة ولا لمكاتبه ، قال القاضى : ولا تقبل شهادة الأجير لمن استأجره ، وقال نص عليه أحمد .

فإن قيل فلم قبلتم شهادة الوارث لموروثه مع أنه إذا مات ورثه فقد جر إلى نفسه بشهادته نفعاً ؟ قلنا لا حق له فى ماله حين الشهادة وإنما يحتمل أن يتجدد له حق وهذا لا يمنع قبول الشهادة كما لو شهد لامرأة يحتمل أن يتزوجها أو لغريم له بمال يحتمل أن يوفيه منه أو يفلس فيتعلق حقه به ، وإنما المانع ما يحصل للشاهد به نفع حال الشهادة .

فإن قيل فقد منعتم قبول شهادته لموروثه بالجرح قبل الاندمال لجواز أن يتجدد له حق وإن لم يكن له حق فى الحال ، فإن قلتم قد انعقد سبب حقه ، قلنا يبطل بالشاهد لموروثه المريض بحق فإن شهادته تقبل مع انعقاد سبب استحقاقه بدليل أن عطيته له لا تنفذ وعطيته لغيره تقف على الخروج من الثلث ، قلنا إنما منعنا الشهادة لموروثه بالجرح لأنه ربما أفضى إلى الموت فتجب الدية للوارث الشاهد به ابتداء فيكون شاهداً لنفسه موجبا له بها حقاً ابتداء بخلاف الشاهد للمريض أو المجروح بمال فإنه إنما يجب للمشهود له ثم يجوز أن ينتقل ويجوز أن لا ينتقل فلم يمنع الشهادة له كالشهادة لغريمه

فإن قيل : فقد أجزتم شهادة الغريم لغريمه بالجرح قبل الاندمال كما أجزتم شهادته له بماله .

قلنا إنما أجزناها لأن الدية لا تجب للشاهد ابتداء إنما تجب للقتيل أو لورثته ثم يستوفى الغريم منها فأشبهت الشهادة له بالمال

وأما الدافع عن نفسه فمثل أن يشهد المشهود عليه بجرح الشهود أو تشهد عاقلة القاتل خطأ بجرح الشهود الذين شهدوا به لما فيه من دفع الدية عن أنفسهم فإن كان الشاهدان بالجرح فقيرين احتمل قبول شهادتهما لأنهما لا يحملان شيئاً من الدية واحتمل أن لا تقبل لأنه يخاف أن يوسرا قبل الحول فيحملا ، وكذلك الخلاف فى البعيد الذى لا يحمل لبعده فإنه لا يأمن أن يموت من هو أقرب منه قبل الحول فيحمل ولا تقبل شهادة الضامن للمضمون عنه بقضاء الحق أو الإبراء منه ولا شهادة أحد الشفيعين على الآخر بإسقاط شفعته لأنه يوفر الحق على نفسه ولا شهادة بعض غرماء المفلس على بعضهم بإسقاط دينه أو استيفائه ولا بعض من

أوصى له بمال على آخر بما يبطل وصيته إذا كانت وصيته تحصل بها مزاحمته ، إما لضيق الثلث عنهما أو لكون الوصيتين بمعين ، فهذا وأشباهه لا تقبل الشهادة فيه لأن الشاهد به متهم لما يحصل بشهادته من نفع نفسه ودفع الضرر عنها ، فيكون شاهداً لنفسه :

وقد قال الزهرى مضت السنة فى الإسلام أن لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين والظنين المتهم . وروى طلحة بن عبد الله بن عوف قال : قضى رسول الله (ص) أن لا شهادة لخصم ولا ظنين . وممن رد شهادة الشريك لشريكه شريح والنخعى والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ولا نعلم فيه مخالفا .

فصل

وإن شهد الشريك لشريكه فى غير ما هو شريك فيه أو الوكيل لموكله فى غير ما هو وكيل فيه ، أو العدو لعدوه أو الوارث لموروثه بمال أو بالجرح بعد الاندمال أو شهد أحد الشفيعين بعد أن أسقط شفعته على الآخر بإسقاط شفعته أو أحد الوصيين بعد سقوط وصيته على الآخر بما يسقط وصيته أو كانت إحدى الوصيتين لاتزاحم الأخرى ونحو ذلك مما لا تهمة فيه قبلت ، لأن المقتضى لقبول الشهادة متحقق والمانع منتف فوجب قبولها عملا بالمقتضى

« مسألة » قال (ولا تقبل شهادة من يعرف بكثرة الغلط والغفلة)

وجملته أنه يعتبر فى الشاهد أن يكون موثوقا بقوله لتحصل غلبة الظن بصدقه ولذلك اعتبرنا العدالة ومن يكثر غلطه وتغفله لا يوثق بقوله لاحتمال أن يكون من غلطاته ، فربما شهد على غير من استشهد عليه أو لغير من شهد له أو بغير ما استشهد به ، وإذا كان مغفلا فربما استزله الخصم بغير شهادته فلا تحصل الثقة بقوله ، ولا يمنع من الشهادة وجود غلط نادر أو غفلة نادرة لأن أحداً لا يسلم من ذلك ، فلو منع ذلك الشهادة لانسد بابها ، فاعتبرنا الكثرة فى المنع كما اعتبرنا كثرة المعاصى فى الإخلال بالعدالة

« مسأله » قال (وتجوز شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت)

روى هذا عن علي وابن عباس وبه قال ابن سيرين وعطاء والشعبي والزهري ومالك وابن أبي ليلى وإسحاق وابن المنذر

وقال أبو حنيفة والشافعي لا تقبل شهادته ، وروى ذلك عن النخعي وأبي هاشم واختلف عن الحسن وإياس وابن أبي ليلى ، وأجاز الشافعي شهادته بالاستفاضة والترجمة وإذا أقر عند أذنه ويد الأعمى على رأسه ثم ضبطه حتى حضر عند الحاكم فشهد عليه ، ولم يجزها في غير ذلك لأن من لا تجوز شهادته على الأفعال لا تجوز على الأقوال كالصبي ، ولأن الأصوات تشتبه فلا يحصل اليقين ، فلم يجز أن يشهد بها كالخط .

ولنا قوله تعالى (واستشهدوا شهيدين من رجالكم) وسائر الآيات في الشهادة ولأنه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير ، وفارق الصبي فإنه ليس برجل ولا عدل ولا مقبول الرواية ، ولأن السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين ، وقد يكون المشهود عليه من ألفه الأعمى وكثرت صحبته له وعرف صوته يقينا فيجب أن تقبل شهادته فيما تيقنه كالبصير ، ولا سبيل الى إنكار حصول اليقين في بعض الأحوال

قال قتادة . للسمع قيافة كقيافة البصر ، ولهذا قال أصحاب الشافعي تقبل شهادته فيما يثبت بالاستفاضة ولا يثبت عندهم حتى يسمعها من عدلين ولا بد أن يعرفها حتى يعرف عدالتها ، فإذا صح أن يعرف الشاهدين صح أن يعرف المقر ، ولا خلاف في قبول روايته وجواز استمتاعه من زوجته إذا عرف صوتها وصحة قبوله النكاح وجواز اشتباه الأصوات كجواز اشتباه الصور ، وفارق الأفعال فإن مدركها الرؤية وهي غير ممكنة من الأعمى والاقوال مدركها السمع ، وهو يشارك البصير فيه وربما زاد عليه ، ويفارق الخط فإنه لو تيقن من كتب الخط أو رآه وهو يكتبه لم يجز أن يشهد بما كتب فيه

إذا ثبت هذا فإنه لا يجوز أن يشهد الا اذا تيقن الصوت وعلم المشهود عليه يقينا ، فإن جوّز أن يكون صوت غيره لم يجز أن يشهد به كما لو اشتبه على البصير المشهود عليه فلم يعرفه

(فصـــــل) فان تحمل الشهادة على فعل ثم عمي جاز أن يشهد به اذا عرف

المشهود عليه باسمه ونسبه ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا تجوز شهادته أصلا لانه لا يجوز أن يكون حاكما

ولنا ما تقدم ولأن العمى فقد حاسة لا تخل بالتكليف فلم يمنع قبول الشهادة كالصمم، ويفارق الحكم فإنه يعتبر له من شروط الكمال مالا يعتبر للشهادة، ولذلك يعتبر له السمع والاجتهاد وغيرهما ، فان لم يعرف المشهود عليه باسمه ونسبه لكن تيقن صوته لكثرة إلفه له صح أن يشهد به أيضا لما ذكرنا فى أول المسألة

وإن شهد عند الحاكم ثم عمى قبل الحكم بشهادته جاز الحكم بها ؛ وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة لا يجوز الحكم بها لأنه معنى يمنع قبول الشهادة مع صحة النطق فمنع الحكم بها كالفسق

ولنا أنه معنى طرأ بعد أداء الشهادة لا يورث تهمة فى حال الشهادة فلم يمنع قبولها كالموت وفارق الفسق فانه يورث تهمة حال الشهادة

(فصل)

ولا تجوز شهادة الاخرس بحال ، نص عليه أحمد رضى الله عنه فقال لا تجوز شهادة الاخرس ، قيل له وإن كتبها ؟ قال لا أدرى ، وهذا قول أصحاب الرأى وقال مالك والشافعي وابن المنذر: تقبل اذا فهمت اشارته لأنها تقوم مقام نطقه فى أحكامه من طلاقه ونكاحه وظهاره وايلائه فكذلك فى شهادته ، واستدل ابن المنذر بأن النبي صلى الله عليه وسلم أشار وهو جالس فى الصلاة الى الناس وهم قيام أن اجلسوا فجلسوا .

ولنا أنها شهادة بالاشارة فلم تجز كاشارة الناطق ، يحققه أن الشهادة يعتبر فيها اليقين ولذلك لا يكتفى بإيماء الناطق ولا يحصل اليقين بالاشارة وانما اكتفى بإشارته فى أحكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة ههنا ولهذا لم يجز أن يكون حاكما ولان الحاكم لا يمضى حكمه اذا وجد حكمه بخطه تحت ختمه ولم يذكر حكمه والشاهد لا يشهد برؤية خطه فلأن لا يحكم بخط غيره أولى

وما استدل به ابن المنذر لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم كان قادراً على الكلام وعمل بإشارته فى الصلاة، ولو شهد الناطق بالإيماء والاشارة لم يصح اجماعا ، فعلم أن الشهادة مفارقة لغيرها من الاحكام

« مسألة » قال (ولا تجوز شهادة الوالدين وإن علوا للولد وان سفل ، ولا شهادة الولد وإن سفل لهما وإن علوا)

ظاهر المذهب : ان شهادة الوالد لولده لا تقبل ولا لولد ولده وان سفل وسواء فى ذلك ولد البنين وولد البنات ولا تقبل شهادة الولد لوالده ولا لوالدته ولا جده ولا جدته من قبل أبيه وأمه وان علوا وسواء فى ذلك الاباء والأمهات وآباؤهما وأمهاتهما ، وبه قال شريح والحسن والشعبي والنخعي ومالك والشافعي وإسحاق وابو عبيد وأصحاب الرأى .

وروى عن أحمد رحمه الله رواية ثانية تقبل شهادة الابن لأبيه ولا تقبل شهادة الأب له لان مال الابن فى حكم مال الأب له أن يتملكه اذا شاء فشهادته له شهادة لنفسه أو يجر بها لنفسه نفعا قال النبي صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » وقال « إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وان أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم » ولا يوجد هذا فى شهادة الابن لأبيه .

وعنه رواية ثالثة تقبل شهادة كل واحد منهما لصاحبه فى مالا تهمة فيه كالنكاح والطلاق والقصاص والمال اذا كان مستغنى عنه لأن كل واحد منهما لا ينتفع بما يثبت للآخر من ذلك فلا تهمة فى حقه . وروى عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أن شهادة كل واحد منهما للآخر مقبوله .

وروى ذلك عن شريح وبه قال عمر بن عبد العزيز وابو ثور والمزنى وداود وإسحاق وابن المنذر لعموم الايات ولانه عدل تقبل شهادته فى غير هذا الموضع فتقبل شهادته فيه كالاجنبى .

ولنا : ما روى الزهرى عن عروة عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال « لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذى غمر على أخيه ولا ظنين فى قرابة ولا ولاء » والظنين المتهم والاب يتهم لولده لان ماله كماله بما ذكرنا ولان بينهما بعضية فكأنه يشهد لنفسه ولهذا قال عليه السلام «فاطمة بضعة منى يريبنى ما رابها» ولانه متهم فى الشهادة لولده كتهمة العدو فى الشهادة على عدوه والخبر أخص من الايات فتخص به

(فصل) فأما شهادة أحدهما على صاحبه فتقبل نص عليه أحمد وهذا قول عامة أهل العلم ولم أجد عن أحمد فى الجامع فيه خلافا وذلك لقول الله تعالى (كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والاقربين) فأمر بالشهادة عليهم ولولم تقبل لما أمر بها ولأنها إنماردت للتهمة فى ايصال النفع ولا تهمة فى شهادته عليه فوجب أن تقبل كشهادة الاجنبى بل أولى فإن شهادته لنفسه لما ردت للتهمة فى ايصال النفع الى نفسه كان إقراره عليه مقبولا وحكى القاضى فى المجرد رواية أخرى ان شهادة أحدهما لا تقبل على صاحبه لان شهادته له غير مقبولة فلا تقبل عليه كالفاسق .

وقال بعض الشافعيه لا تقبل شهادة الابن على أبيه فى قصاص ولا حد قذف لانه لا يقتل بقتله ولا يحد بقذفه فلا يلزمه ذلك والمذهب الاول لما ذكرنا ولانه يتهم له ولا يتهم عليه فشهادته عليه أبلغ فى الصدق كاقراره على نفسه .

(فصل) وان شهد اثنان بطلاق ضرة أمهما وقذف زوجها لهاقبلت شهادتهما لان حق أمهما لا يزداد به وسواء كان المشهود عليه أباهما أو أجنبيا، وتوفير الميراث لا يمنع قبول الشهادة بدليل قبول شهادة الوارث لموروثه .

(فصل) وتجوز شهادة الرجل لابنه من الرضاعة وأبيه منها وسائر أقاربه منها لأنه لا نسب بينهما وجب الانفاق والصله وعتق أحدهما على صاحبه وتبسطه فى ماله بخلاف قرابة النسب .

« مسأله » قال (ولا السيد لعبده ولا العبد لسيده)

أما شهادة السيد لعبده فغير مقبولة . لان مال العبد لسيده فشهادته له شهادة لنفسه ولهذا قال النبى صلى الله عليه وسلم «من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلاأن يشترطه المبتاع» ولانعلم فى هذا خلافا ولا تقبل شهادته له أيضا بنكاح ولا لأمته بطلاق لان فى طلاق أمته تخليصها له وإباحة بضعها له وفى نكاح العبد نفع له ونفع مال الانسان نفع له؛ ولا تقبل شهادة العبد لسيده لانه يتبسط فى مال سيده وينتفع به ويتصرف فيه وتجب نفقته منه ولا يقطع بسرقته فلا تقبل شهادته له كالابن مع أبيه .

« مسألة » قال (ولا الزوج لامرأته ولا المرأة لزوجها)

وبهذا قال الشافعي والنخعي ومالك واسحاق وأبو حنيفة وأجاز شهادة كل واحد منهما لصاحبه شريح والحسن والشافعي وأبو ثور لأنه عقد على منفعة فلا يمنع قبول الشهادة كالاجارة . وعن أحمد رواية أخرى كقولهم . وقال الثوري وابن أبي ليلى تقبل شهادة الرجل لامرأته لأنه لا تهمة في حقه، ولا تقبل شهادتها له لأن يساره وزيادة حقها من النفقة تحصل بشهادتها له بالمال فهي متهمة لذلك .

ولنا أن كل واحد منهما يرث الآخر من غير حجب وينبسط في ماله عادة فلم تقبل شهادته له كالابن مع أبيه ، ولان يسار الرجل يزيد نفقة امرأته ، ويسار المرأة تزيد به قيمة بضعها المملوك لزوجها ، فكان كل واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه فلم تقبل كشهادته لنفسه

ويحقق هذا أن مال كل واحد منهما يضاف الى الآخر . قال الله تعالى (وقرن في بيوتكن) وقال (لا تدخلوا بيوت النبي) فأضاف البيوت اليهن تارة والى النبي صلى الله عليه وسلم أخرى ، وقال (لا تخرجوهن من بيوتهن) وقال عمر للذي قال له : ان غلامي سرق مرآة امرأتي : لا قطع عليه عبدكم سرق مالكم ، ويفارق عبد الاجارة من هذه الوجوه كلها

« مسئلة » قال (وشهادة الاخ لاخيه جائزة)

قال ابن المنذر . أجمع أهل العلم على أن شهادة الاخ لاخيه جائزة ، روى هذا عن ابن الزبير ، وبه قال شريح وعمر بن عبد العزيز والشعبي والنخعي والثوري ومالك والشافعي وأبو عبيد واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي

وحكي عن ابن المنذر عن الثوري : انه لا تقبل شهادة كل ذي رحم محرم . وعن مالك انه لا تقبل شهادته لأخيه اذا كان منقطعا اليه في صلته وبره لأنه متهم في حقه . وقال ابن المنذر : قال مالك : لا تجوز شهادة الاخ لاخيه في النسب وتجوز في الحقوق

ولنا عموم الآيات ولأنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كالاجنبي ولا يصح القياس على الوالد والولد لان بينهما بعضية وقرابة قوية بخلاف الاخ

(فصـــل) وشهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الأقارب أولى بالجواز فإن شهادة الأخ إذا أجيزت مع قربه كان تنبيها على شهادة من هو أبعد منه بطريق الأولى .

(فصل) وتقبل شهادة أحد الصديقين لصاحبه فى قول عامة العلماء إلا مالكا قال لا تقبل شهادة الصديق الملاطف لأنه يجر إلى نفسه نفعا بها فهو متهم فلم تقبل شهادته كشهادة العدو على عدوه

ولنا عموم أدلة الشهادة وما قاله يبطل شهادة الغريم للمدين قبل الحجر ، وإن كان ربما قضاه دينه منه فجر الى نفسه نفعا أعظم مما يرجى ههنا بين الصديقين . فأما العداوة فسببها محظور وفى الشهادة عليه شفاء غيظه منه فخالفت الصداقة .

« مسألة » قال (وتجوز شهـــادة العبد فى كل شيء إلا فى الحدود ، وتجوز شهادة الأمة فيما تجوز فيه شهادة النساء)

الكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثة . أحدها فى قبول شهادة العبد فيما عدا الحدود والقصاص فالمذهب أنها مقبولة . روى ذلك عن على وأنس رضى الله عنهما . قال أنس : ما علمت أن أحداً رد شهادة العبـــد ، وبه قال عروة وشريح وإياس وابن سيرين والبتى وأبو ثور وداود وابن المنـــذر ، وقال عطاء ومجاهد والحسن ومالك والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة والشافعى وأبو عبيد: لا تقبل شهادته لأنه غير ذى مروءة ولأنها مبنية على الكمال لا تتبعض فلم يدخل فيها العبد كالميراث ، وقال الشعبى والنخعى والحكم تقبل فى الشيء اليسير .

ولنا عموم آيات الشهادة وهو داخل فيها فإنه من رجالنا وهو عدل تقبل روايته وفتياه وأخباره الدينية

وروى عقبة بن الحارث قال « تزوجت أم يحيى بنت أبى إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما ، فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال . وكيف وقد زعمت ذلك؟» متفق عليه . وفى رواية أبى داود : فقلت يا رسول الله إنها لكاذبة ، قال « وما يدريك وقد قالت ما قالت ؟ دعها عنك » ولأنه عدل غير

منهم فتقبل شهادته كالحر ، ولا نسلم أنه غير ذى مروءة فإنه كالحر ينقسم الى من له مروءة ومن لا مروءة له ، وقد يكون منهم الأمراء والعلماء والصالحون والاتقياء .

سئل إياس بن معاوية عن شهادة العبيد فقال : أنا أرد شهادة عبد العزيز بن صهيب ؟ وكان منهم زياد بن أبي زياد مولى ابن عباس من العلماء الزهاد ، وكان عمر بن عبد العزيز يرفع قدره ويكرمه

ومنهم عكرمة مولى ابن عباس أحد العلماء الثقات ، وكثير من العلماء الموالى كانوا عبيداً أو أبناء عبيد لم يحدث فيهم بالاعتاق إلا الحرية ، والحرية لا تغير طبعا ولا تحدث علما ولا مروءة ولا يقبل منهم إلا من كان ذا مروءة

ولا يصح قياس الشهادة على الميراث ، فإن الميراث خلافة للموروث فى ماله وحقوقه والعبد لا تمكنه الخلافة لأن مايصير اليه يملكه سيده فلا يمكن أن يخلف فيه ؛ ولأن الميراث يقتضى التمليك والعبد لا يملك ، ومبنى الشهادة على العدالة التى هى مظنة الصدق وحصول الثقة من القول والعبد أهل لذلك فوجب أن تقبل شهادته .

الفصل الثانى : أن شهادته لا تقبل فى الحد ، وفى القصاص احتمالان .

أحدهما : تقبل شهادته فيه لأنه حق آدمى لا يصح الرجوع عن الإقرار به فأشبه الاموال .

والثانى : لا تقبل لانه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات فأشبه الحد

وذكر الشريف وأبو الخطاب فى العقوبات كلها من الحدود والقصاص روايتين إحداهما تقبل لما ذكرنا ولانه رجل عدل فتقبل شهادته فيها كالحر

والثانية لا تقبل وهو ظاهر المذهب لان الاختلاف فى قبول شهادته فى الاموال نقص وشبهة فلم تقبل شهادته فيما يدرأ بالشبهات ؛ ولانه ناقص الحال فلم تقبل شهادته فى الحد والقصاص كالمرأة

الفصل الثالث : شهادة الامة جائزة فيما تجوز فيه شهادة النساء ، لان النساء لا تقبل شهادتهن فى الحدود والقصاص ، وإنما تقبل فى المال أو سببه ، والأمة كالحرة فيما عداهما فساوتهن فى الشهادة ، وقد دل عليه حديث عقبة بن الحارث

(فصل) وحكم المكاتب والمدبر وأم الولد والمعتق بعضه حكم القن فيما ذكرنا

لان الرق فيهم، وقد روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال «لا تجوز شهادة المكاتب» وبه قال عطاء والشعبي والنخعي .

ولنا ما ذكرناه في العبد ، وإذا ثبت الحكم في القن ففي هؤلاء أولى لانهم أكمل منه لوجود أسباب الحرية فيهم .

« مسألة » قال (وشهادة ولد الزنا جائزة في الزنا وغيره) .

هذا قول أكثر اهل العلم ، منهم عطاء والحسن والشعبي والزهري والشافعي وإسحاق وأبو عبيد وأبو حنيفة وأصحابه ، وقال مالك والليث : لا تجوز شهادته في الزنا وحده لانه متهم ، فإن العادة فيمن فعل قبيحا أنه يحب ان يكون له نظراء وحكي عن عثمان انه قال : ودت الزانية ان النساء كلهن زنين .

ولنا عموم الايات وانه عدل مقبول الشهادة في غير الزنا فقبل في الزنا كغيره ومن قبلت شهادته في القتل قبلت في الزنا كولد الرشيدة ، قال ابن المنذر وما احتجوا به غلط من وجوه .

أحدها : أن ولد الزنا لم يفعل فعلا قبيحا يجب ان يكون له نظراء فيه

والثاني : اني لا أعلم ما ذكر عن عثمان ثابتا عنه وأشبه ذلك ان لا يكون ثابتا عنه؛ وغير جائز ان يطلق عثمان كلاما بالظن عن ضمير امرأة لم يسمعها تذكره

الثالث : ان الزاني لو تاب لقبلت شهادته وهو الذي فعل الفعل القبيح، فإذا قبلت شهادته مع ما ذكروه فغيره أولى ، فانه لا يجوز ان يلزم ولده من وزره اكثر مما لزمه وما يتعدى الحكم الى غيره من غير ان يثبت فيه مع ان ولده لا يلزمه شيء من وزره لقول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وولد الزنا لم يفعل شيئا يستوجب به حكما

« مسأله » قال (واذا تاب القاذف قبلت شهادته)

وجملته ان القاذف ان كان زوجا فحقق قذفه ببينة او لعان او كان اجنبيا فحققه بالبينة او باقرار المقذوف لم يتعلق بقذفه فسق ولا حد ولا رد شهادة ، وان لم يحقق قذفه بشيء من ذلك تعلق به وجوب الحد عليه والحكم بفسقه ورد شهادته لقول الله تعالى (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين

جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون) فأن تاب لم يسقط عنه الحد وزال الفسق بلا خلاف وتقبل شهادته عندنا .

وروى ذلك عن عمر وأبى الدرداء وابن عباس ، وبه قال عطاء وطاوس ومجاهد والشعبي والزهري وعبدالله بن عتبة وجعفر بن ابى ثابت وابو الزناد ومالك والشافعي والبتي وإسحاق وابو عبيد وابن المنذر ، وذكره ابن عبد البر عن يحيى ابن سعيد وربيعة ، وقال شريح والحسن والنخعي وسعيد بن جبير والثوري وأصحاب الرأى لاتقبل شهادته اذا جلد وان تاب ، وعند ابى حنيفة لاترد شهادته قبل الجلد وإن لم يتب فالخلاف معه فى فصلين .

أحدهما : انه عندنا تسقط شهادته بالقذف اذا لم يحققه ، وعند ابى حنيفه ومالك لا تسقط إلا بالجلد .

والثانى : انه اذا تاب قبلت شهادته وان جلد ، وعند ابى حنيفة لا تقبل وتعلق بقول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) وروى ابن ماجة باسناده عن عمرو ابن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لا تجوز شهادة خائن ولا محدود فى الإسلام » واحتج فى الفصل الاخر بأن القذف قبل حصول الجلد يجوز ان تقوم به البينة فلا يجب به التفسيق .

ولنا فى الفصل الأول إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، فانه يروى عن عمر رضى الله عنه انه كان يقول لابى بكرة حين شهد على المغيرة بن شعبة تب أقبل شهادتك ولم ينكر ذلك منكر فكان إجماعاً . قال سعيد بن المسيب : شهد على المغيرة ثلاثة رجال : أبو بكرة ونافع بن الحارث وشبل بن معبد ، ونكل زياد فجلد عمر الثلاثة وقال لهم توبوا تقبل شهادتكم ، فتاب رجلان وقبل عمر شهادتهما وأبى ابو بكرة فلم يقبل شهادته ، وكان قد عاد مثل النصل من العبادة ، ولأنه تائب من ذنبه فقبلت شهادته كالتائب من الزنا ، يحققه أن الزنا أعظم من القذف به ، وكذلك قتل النفس التى حرم الله ، وسائر الذنوب اذا تاب فاعلها قبلت شهادته فهذا أولى

وأما الاية فهى حجة لنا فانه استثنى التائبين بقوله تعالى (الا الذين تابوا) والاستثناء من النفى إثبات فيكون تقديره (الا الذين تابوا) فاقبلوا شهادتهم وليسوا بفاسقين

فإن قالوا إنما يعود الاستثناء إلى الجملة التى تليه بدليل أنه لا يعود الى الجلد . قلنا بل يعود اليه أيضا ، لأن هذه الجمل معطوف بعضها على بعض بالواو وهى للجمع تجعل الجمل كلها كالجملة الواحدة فيعود الاستثناء إلى جميعها إلا مامنع منه مانع ولهذا لما قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا يؤمن الرجل الرجل فى بيته ولا يجلس على تكرمته إلا بإذنه » عاد الاستثناء الى الجملتين جميعا ، ولأن الاستثناء يغاير ما قبله فعاد إلى الجمل المعطوف بعضها على بعض بالواو كالشرط : فإنه لو قال امرأته طالق وعبده حر ان لم يقم عاد الشرط اليهما كذا الاستثناء ، بل عود الاستثناء إلى رد الشهادة أولى ، لأن رد الشهادة هو المأمور به فيكون هو الحكم والتفسيق خرج مخرج الخبر والتعليل لرد الشهادة فعود الاستثناء إلى الحكم المقصود أولى من رده الى التعليل . وحديثهم ضعيف يرويه الحجاج بن أرطاة وهو ضعيف قال ابن عبد البر : لم يرفعه من روايته حجة ، وقد روى من غير طريقه ولم تذكر فيه هذه الزيادة ، فدل ذلك على أنها من غلطه ، ويدل على خطئه قبول شهادة كل محدود فى غير القذف بعد توبته ، ثم لو قدر صحته فالمراد به من لم يتب بدليل كل محدود تائب سوى هذا .

وأما الفصل الثانى فدليلنا فيه الاية ، فإنه رتب على رمى المحصنات ثلاثة أشياء إيجاب الجلد ورد الشهادة والفسق فيجب أن يثبت رد الشهادة بوجود الرمى الذى لم يمكنه تحقيقه كالجلد ، ولأن الرمى هو المعصية والذنب الذى يستحق به العقوبة وتثبت به المعصية الموجبة لرد الشهادة . والحد كفارة وتطهير فلا يجوز تعليق رد الشهادة به ، وانما الجلد ورد الشهادة حكمان للقذف فيثبتان جميعا به وتخلف استيفاء أحدهما لا يمنع ثبوت الاخر .

وقولهم إنما يتحقق بالجلد لا يصح ؛ لأن الجلد حكم القذف الذى تعذر تحقيقه فلا يستوفى قبل تحقق القذف ، وكيف يجوز أن يستوفى حد قبل تحقق سببه ويصير متحققا بعده ؟ هذا باطل

(فصل) والقاذف فى الشتم ترد شهادته وروايته حتى يتوب ، والشاهد بالزنا اذا لم تكمل البينة تقبل روايته دون شهادته . وحكى عن الشافعى أن شهادته لا ترد .

ولنا أن عمر لم يقبل شهادة أبي بكرة وقال له تب أقبل شهادتك ، وروايته مقبولة ولا نعلم خلافا فى قبول رواية أبي بكرة مع رد عمر شهادته

« مسألة » قال (وتوبته أن يكذب نفسه)

ظاهر كلام أحمد والخرقى أن توبة القاذف اكذاب نفسه ، فيقول كذبت فيما قلت ، وهذا منصوص الشافعي واختيار الاصطخرى من أصحابه .

قال ابن عبد البر : وممن قال هذا سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس والشعبي واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور لما روى الزهرى عن سعيد بن المسيب عن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال فى قوله تعالى (الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فان الله غفور رحيم) قال توبته اكذاب نفسه ، ولان عرض المقذوف تلوث بقذفه فاكذابه نفسه يزيل ذلك التلويث فتكون التوبة به .

وذكر القاضي أن القذف ان كان سبا فالتوبة منه اكذاب نفسه ، وان كان شهادة فالتوبة منه أن يقول القذف حرام باطل وان أعود الى ما قلت . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ، قال وهو المذهب لأنه قد يكون صادقا فلا يؤمر بالكذب ، والخبر محمول على الاقرار بالبطلان لانه نوع اكذاب

والاولى أنه متى علم من نفسه الصدق فيما قذف به فتوبته الاستغفار والاقرار ببطلان ما قاله وتحريمه وأنه لا يعود الى مثله ، وان لم يعلم صدق نفسه فتوبته اكذاب نفسه ، سواء كان القذف بشهادة أو سب لانه قد يكون كاذبا فى الشهادة صادقا فى السب .

ووجه الاول أن الله تعالى سمى القاذف كاذبا اذا لم يأت بأربعة شهداء على الاطلاق بقوله سبحانه (لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون) فتكذيب الصادق نفسه يرجع الى أنه كاذب فى حكم الله وان كان فى نفس الامر صادقا

(فصل) وكل ذنب تلزم فاعله التوبة منه متى تاب منه قبل الله توبته ، بدليل قوله تعالى (والذين اذا فعلوا فاحشة أو ظلموا أنفسهم ذكروا الله فاستغفروا

لذنوبهم ومن يغفر الذنوب إلا الله ولم يصروا على ما فعلوا وهم يعلمون . أولئك جزاؤهم مغفرة من ربهم) الاية وقال (ومن يعمل سوءاً أو يظلم نفسه ثم يستغفر الله يجد الله غفوراً رحيما) ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » وقال عمر رضى الله عنه « بقية عمر المؤمن لا قيمة له يدرك فيه ما فات ويحيي فيه ما أمات ويبدل الله سيئاته حسنات »

والتوبة على ضربين باطنة وحكمية ، فأما الباطنة فهى ما بينه وبين ربه تعالى ، فإن كانت المعصية لا توجب حقا عليه فى الحكم كقبلة أجنبية أو الخلوة بها وشرب مسكر أو كذب فالتوبة منه الندم والعزم على أن لا يعود ، وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « الندم توبة »

وقيل التوبة النصوح تجمع أربعة أشياء : الندم بالقلب والاستغفار باللسان وإضمار أن لا يعود ومجانبة خلطاء السوء ، وإذا كانت توجب عليه حقا لله تعالى أو لادمى كمنع الزكاة والغصب فالتوبة منه بما ذكرنا وترك المظلمة حسب إمكانه بأن يؤدى الزكاة ويرد المغصوب أو مثله إن كان مثليا وإلا قيمته ، وإن عجز عن ذلك نوى رده متى قدر عليه ، وإن كان عليه فيها حق فى البدن . فإن كان حقا لادمى كالقصاص وحد القذف اشترط فى التوبة التمكين من نفسه وبذلها للمستحق وإن كان حقا لله تعالى كحد الزنا وشرب الخمر فتوبته أيضا بالندم والعزم على ترك العود ولا يشترط الإقرار به ، فإن كان ذلك لم يشتهر عنه فالأولى له ستر نفسه والتوبة فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أتى شيئا من هذه القاذورات فليستتر بستر الله تعالى ، فانه من أبدى لنا صفحته أقمنا عليه الحد » فان الغامدية حين أقرت بالزنا لم ينكر عليها النبي صلى الله عليه وسلم ذلك وإن كانت معصية مشهورة فذكر القاضى أن الأولى الإقرار به ليقام عليه الحد ، لأنه اذا كان مشهورا فلا فائدة فى ترك اقامة الحد عليه

والصحيح أن ترك الإقرار أولى لأن النبي صلى الله عليه وسلم عرض للمقر عنده بالرجوع عن الإقرار ، فعرض لماعز وللمقر عنده بالسرقة بالرجوع مع اشتهاره عنه باقراره . وكره الاقرار حتى انه قيل لما قطع السارق كأنما أسف وجهه رماداً . ولم يرد الأمر بالاقرار ولا الحث عليه فى كتاب ولا سنة ولا

يصح له قياس . انما ورد الشرع بالستر والاستتار والتعريض للمقر بالرجوع عن الاقرار ، وقال لهزال وكان هو الذى أمر ماعزاً بالاقرار « يا هزال لو سترته بثوبك كان خيرا لك »

وقال أصحاب الشافعى : توبة هذا اقراره ليقام عليه الحد ، وليس بصحيح لما ذكرنا ، ولان التوبة توجد حقيقتها بدون الاقرار وهى تجبُّ ما قبلها كما ورد فى الاخبار مع ما دلت عليه الايات فى مغفرة الذنوب بالاستغفار وترك الاصرار . وأما البدعة فالتوبة منها بالاعتراف بها والرجوع عنها واعتقاد ضد ما كان يعتقد منها

(فصـــل)

ظاهر كلام أحمد والخرقى أنه لا يعتبر فى ثبوت أحكام التوبة من قبول الشهادة وصحة ولايته فى النكاح اصلاح العمل ، وهو أحد القولين للشافعى ، وفى القول الاخر يعتبر اصلاح العمل الا أن يكون ذنبه الشهادة بالزنا ولم يكمل عدد الشهود فانه يكفى مجرد التوبة من غير اعتبار اصلاح ، وما عداه فلا تكفى التوبة حتى تمضى عليه سنة تظهر فيها توبته ويتبين فيها صلاحه

وذكر أبو الخطاب هذا رواية لاحمد لأن الله تعالى قال (الا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا) وهـذا نص فانه نهى عن قبول شهادتهم ثم استثنى التائب المصلح . ولأن عمر رضى الله عنه لما ضرب صبيغا أمر بهجرانه حتى بلغته توبته فأمر أن لا يكلم الا بعد سنة

ولنا قوله عليه السلام « التوبة تجبُّ ما قبلها » وقوله « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » ولأن المغفرة تحصل بمجرد التوبة فكذلك الاحكام ، ولأن التوبة من الشرك بالاسلام لا تحتاج الى اعتبار ما بعده وهو أعظم الذنوب كلها فما دونه أولى .

فأما الاية فيحتمل أن يكون الاصلاح هو التوبة وعطفه عليها لاختلاف اللفظين . ودليل ذلك قول عمر لابى بكرة « تب أقبل شهادتك » ولم يعتبر أمراً آخر ، ولان من كان غاصبا فرد ما فى يديه أو مانعا للزكاة فأداها وتاب الى الله تعالى قد حصل منه الاصلاح وعلم نزوعه عن معصيته بأداء ما عليه ؛ ولو لم يرد التوبة ما أدى ما فى يديه ، ولان تقييده بالسنة تحكم لم يرد الشرع به ، والتقدير انما

يثبت بالتوقيف ، وما ورد عن عمر فى حق صبيغ إنما كان لأنه تائب من بدعة وكانت توبته بسبب الضرب والهجران ، فيحتمل أنه أظهر التوبة تستراً بخلاف مسألتنا .

وقد ذكر القاضى أن التائب من البدعة يعتبر له مضى سنة لحديث صبيغ رواه أحمد فى الورع قال : ومن علامة توبته أن يجتنب من كان يواليه من أهل البدع ويوالى من كان يعاديه من أهل السنة ، والصحيح أن التوبة من البدعة كغيرها إلا أن تكون التوبة بفعل يشبه الإكراه كتوبة صبيغ فيعتبر له مدة تظهر أن توبته على إخلاص لا عن إكراه ، وللحاكم أن يقول للمتظاهر بالمعصية تب أقبل شهادتك . قال مالك : لا أعرف هذا . قال الشافعى : وكيف لا يعرفه وقد أمر النبى صلى الله عليه وسلم بالتوبة وقاله عمر لأبى بكرة ؟

« مسألة » قال (ومن شهد بشهادة قد كان شهد بها وهو غير عدل وردت عليه لم تقبل منه فى حال عدالته)

وجملته أن الحاكم إذا شهد عنده فاسق فرد شهادته لفسقه ثم تاب وأصلح وأعاد تلك الشهادة لم يكن له أن يقبلها ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى ؛ وقال أبو ثور والمزنى وداود : تقبل . قال ابن المنذر : والنظر يدل على هذا لأنها شهادة عدل فتقبل كما لو شهد وهو كافر فردت شهادته ثم شهد بها بعد إسلامه .

ولنا أنه متهم فى أدائها لأنه يعير بردها ولحقته غضاضة لكونها ردت بسبب نقص يتغير به وصلاح حاله بعد ذلك من فعله يزول به العار فتلحقه التهمة فى أنه قصد إظهار العدالة وإعادة الشهادة لتقبل فيزول ما حصل بردها ، ولأن الفسق يخفى فيحتاج فى معرفته إلى بحث واجتهاد فعند ذلك نقول شهادة مردودة بالاجتهاد فلا تقبل بالاجتهاد لأن ذلك يؤدى الى نقض الاجتهاد بالاجتهاد ، وفارق ما إذا ردت شهادة كافر لكفره أو صبى لصغره أو عبد لرقه ، ثم أسلم الكافر وبلغ الصبى وعتق العبد وأعادوا تلك الشهادة فإنها لا ترد لأنها لم ترد أولا بالاجتهاد وإنما ردت باليقين ولأن البلوغ والحرية ليسا من فعل الشاهد فيتهم فى أنه فعلهما لتقبل شهادته ، والكافر لا يرى كفره عاراً ولا يترك دينه من أجل شهادة ردت عليه ،

وقد روى عن النخعى والزهرى وقتادة وأبى الزناد ومالك أنها ترد أيضا فى حق من أسلم وبلغ . وعن أحمد رواية أخرى كذلك لأنها شهادة مردودة فلم تقبل كشهادة من كان فاسقا ، وقد ذكرنا ما يقتضى فرقا بينهما فيفرقان .

وروى عن أحمد فى العبد اذا ردت شهادته لرقه ثم عتق وادعى تلك الشهادة روايتان . وقد ذكرنا أن الأولى أن شهادته تقبل ، لان العتق من غير فعله وهو أمر يظهر بخلاف الفسق

(فصل) وان شهد السيد لمكاتبه فردت شهادته ، أو شهد وارث لموروثه بالجرح قبل الاندمال فردت شهادته ، ثم عتق المكاتب وبرأ الجرح وأعادوا تلك الشهادة فى قبولها وجهان .

أحدهما : تقبل لأن زوال المانع ليس من فعلهم فأشبه زوال الصبى بالبلوغ ولان ردها بسبب لا عار فيه فلا يتهم فى قصد نفى العار باعادتها بخلاف الفسق .

والثانى : لا تقبل لانه ردها باجتهاده فلا ينقضها باجتهاده ، والاول أشبه بالصحة فإن الاصل قبول شهادة العدل ما لم يمنع منه مانع ، ولا يصح القياس على الشهادة المردودة للفسق لما ذكرنا بينهما من الفرق ، ويخرج على هذا كل شهادة مردودة اما للتهمة أو لعدم الاهلية اذا أعادها بعد زوال التهمة ووجود الاهلية فهل تقبل ؟ على وجهين

« مسألة » قال (وان كان لم يشهد بها عند الحاكم حتى صار عدلا قبلت منه)

وذلك لان التحمل لا تعتبر فيه العدالة ولا البلوغ ولا الاسلام لانه لا تهمة فى ذلك ، وانما يعتبر ذلك فى الاداء فإذا رأى الفاسق شيئا أو سمعه ثم عدل وشهد به قبلت شهادته بغير خلاف نعلمه وهكذا الصبى والكافر اذا شهد بعد الاسلام والبلوغ قبلت . وكذلك الرواية ، ولذلك كان الصبيان فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم يروون عنه بعد أن كبروا : كالحسن والحسين وابن عباس والنعمان بن بشير وابن الزبير وابن جعفر ، والشهادة فى معنى الرواية ، ولذلك اعتبرت لها العدالة وغيرها من الشروط المعتبرة للشهادة .

« مسألة » قال (ولو شهد وهو عدل فلم يحكم بشهادته حتى حدث منه مالا تجوز شهادته معه لم يحكم بها)

وجملة ذلك أن الشاهدين اذا شهدا عند الحاكم وهما ممن تقبل شهادته ولم يحكم بها حتى فسقا او كفرا لم يحكم بشهادتهما ، وبهذا قال أبو يوسف والشافعي ، وقال أبو ثور والمزني: يحكم بها لأن بقاء أهلية الشهادة ليس شرطا فى الحكم بدليل ما لو ماتا ، ولأن فسقهما تجدد بعد أداء الشهادة فأشبه ما لو تجدد بعد الحكم بها ووجه ذلك من طريقين .

أحدهما : أن عدالة الشاهد شرط للحكم فيعتبر دوامها الى حين الحكم لأن الشروط لا بد من وجودها فى المشروط واذا فسق انتفى الشرط فلم يجز الحكم

والثانى : ان ظهور فسقه وكفره يدل على تقدمه لأن العادة ان الإنسان يسر الفسق ويظهر العدالة ، والزنديق يسر كفره ويظهر اسلامه فلا نأمن كونه كافراً او فاسقاً حين أداء الشهادة فلم يجز الحكم بها مع الشك فيها .

فأما ان حدث هذا منه بعد الحكم بشهادته لم ينقض ، لأن الحكم وقع صحيحا لاستمرار شرطه الى انتهائه ، ولأنه قد وجد مقروناً بشرطه ظاهراً فلا ينقض بالشك كما لو رجع عن الشهادة وكما لو صلى بالتيمم ثم وجد الماء ، لكن ان كان ذلك قبل الاستيفاء وكان حداً لله تعالى لم يجز استيفاؤه بالشبهات لأنه يدرأ وهذا شبهة فيه فأشبه ما لو رجع عن الاقرار به قبل استيفائه ، وان كان مالا استوفى ، لأن الحكم قد تم وثبت الاستحقاق بأمر ظاهر الصحة فلا يبطل بأمر محتمل ، ولذلك لم يبطل رجوعه عن اقراره وان كان حد قذف اوقصاصا احتمل وجهين

أحدهما : يستوفى وهذا قول ابى حنيفة لانه حق آدمى مطالب به اشبه المال

والثانى : لا يستوفى وهو قول محمد لانه عقوبة على البدن تدرأ بالشبهات أشبه الحد ، وللشافعى وجهان كهذين

وأما ما حدث بعد الاستيفاء فلا يؤثر فى حد ولا حق لان الحق استوفى بما ظاهره الصحة وسوغ الشرع استيفاءه فلم يؤثر فيه ما طرأ بعده كما لو لم يظهر شيء

(فصل) فأما ان أديا الشهادة وهما من أهلها ثم ماتا قبل الحكم بها حكم

الحاكم بشادتهما، سواء ثبتت عدالتهما فى حياتهما أو بعد موتهما وسواء كان المشهود به حداً او غيره، وكذلك ان جنوا أو أغمى عليهم، وبهذا قال الشافعى لأن الموت لا يؤثر فى شهادته ولا يدل على الكذب فيها ولا يحتمل ان يكون موجوداً حال أداء الشهادة ، والجنون والاغماء فى معناه بخلاف الفسق والكفر .

« مسألة » قال (وشهادة العدل على شهادة العدل جائزة فى كل شيء الا فى الحدود إذا كان الشاهد الاول ميتاً او غائبا)

الكلام فى هذه المسألة فى فصول ثلاثه ، أحدها : فى جوازها . والثانى: فى موضعها : والثالث : فى شرطها .

أما الأول فإن الشهادة على الشهادة جائزة بإجماع العلماء وبه يقول مالك والشافعى وأصحاب الرأى، قال ابو عبيد : أجمعت العلماء من أهل الحجاز والعراق على إمضاء الشهادة على الشهادة فى الاموال ، ولأن الحاجه داعية إليها فإنها لو لم تقبل لبطلت الشهادة على الوقف وما يتأخر اثباته عند الحاكم ثم يموت شهوده . وفى ذلك ضرر على الناس ومشقة شديدة فوجب ان تقبل كشهادة الأصل

الفصل الثانى: انها تقبل فى الأموال وما يقصد به المال بإجماع كما ذكر أبو عبيد ولا تقبل فى حد ، وهذا قول النخعى والشعبي وأبي حنيفة وأصحابه ، وقال مالك والشافعى فى قول وأبو ثور ، تقبل فى الحدود وكل حق لأن ذلك يثبت بشهادة الأصل فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال :

ولنا أن الحدود مبنية على الستر والدرء بالشبهات والاسقاط بالرجوع عن الاقرار ، والشهادة على الشهادة فيها شبهة فانها يتطرق اليها احتمال الغلط والسهو والكذب فى شهود الفرع مع احتمال ذلك فى شهود الاصل ، وهذا احتمال زائد لا يوجد فى شهادة الاصل ، وهو معتبر بدليل انها لا تقبل مع القدرة على شهود الاصل فوجب ان لا تقبل فيما يندريء بالشبهات ولانها إنما تقبل للحاجه ولا حاجة اليها فى الحد لان ستر صاحبه أولى من الشهادة عليه ؛ ولانه لا نص فيها ولا يصح قياسها على الاموال لما بينهما من الفرق فى الحاجة والتساهل فيها ولا يصح قياسها على شهادة الاصل لما ذكرنا من الفرق فبطل إثباتها ، وظاهر كلام

أحد أنها لا تقبل فى القصاص أيضا ولا حد القذف ، لأنه قال إنما تجوز فى الحقوق : أما الدماء والحد فلا ، وهذا قول أبى حنيفة

وقال مالك والشافعى وأبو ثور تقبل وهو ظاهر كلام الخرقى لقوله : فى كل شيء إلا فى الحدود لأنه حق آدمى لا يسقط بالرجوع عن الإقرار به ولا يستحب ستره فأشبه الأموال .

وذكر أصحابنا هذا رواية عن أحمد لان ابن منصور نقل أن سفيان قال : شهادة رجل مكان رجل فى الطلاق جائزة . قال أحمد : ما أحسن ما قال؟ فجعله أصحابنا رواية فى القصاص ، وليس هذا برواية فإن الطلاق لا يشبه القصاص ، والمذهب أنها لا تقبل فيه لانه عقوبة بدنية تدرأ بالشبهات وتبنى على الإسقاط ، فأشبهت الحدود .

فأما ما عدا الحدود والقصاص والأموال ، كالنكاح والطلاق وسائر مالا يثبت إلا بشاهدين فنص أحمد على قبولها فى الطلاق والحقوق فيدل على قبولها فى جميع هذه الحقوق ، وهو قول الخرقى

وقال ابن حامد . لا تقبل فى النكاح ، ونحوه قول أبى بكر ، فعلى قولهما لا تقبل إلا فى المال وما يقصد به المال ، وهو قول أبى عبيد لأنه حق لا يثبت إلا بشاهدين فأشبه حد القذف . ووجه الاول أنه حق لا يدرأ بالشبهات فيثبت بالشهادة على الشهادة كالمال وبهذا فارق الحدود

الفصل الثالث فى شروطها : ولها ثلاثة شروط . أحدها أن تتعذر شهادة الاصل لموت أو غيبة أو مرض أو حبس أو خوف من سلطان أو غيره ، وبهذا قال مالك وأبو حنيفة والشافعى

وحكى عن أبى يوسف ومحمد جوازها مع القدرة على شهادة الاصل قياسا على الرواية وأخبار الديانات . وروى عن الشعبى أنها لا تقبل إلا أن يموت شاهد الاصل لأنهما إذا كانا حيين رجى حضورهما فكانا كالحاضرين . وعن أحمد مثل هذا الا أن القاضى تأوله على الموت وما فى معناه من الغيبة البعيدة ونحوها ويمكن تأويل الشعبى على هذا فيزول هذا الخلاف

ولنا على اشتراط تعذر شهادة شاهد الاصل انه اذا أمكن الحاكم أن يسمع شهادة شاهدى الاصل استغنى عن البحث عن عدالة شاهدى الفرع وكان أحوط للشهادة فإن سماعه منهما معلوم وصدق شاهدى الفرع مظنون والعمل باليقين مع امكانه أولى من اتباع الظن ، ولان شهادة الاصل تثبت نفس الحق وهذه انما تثبت الشهادة عليه ، ولان فى شهادة الفرع ضعفا لانه يتطرق اليها احتمالان : احتمال غلط شاهدى الاصل ، واحتمال غلط شاهدى الفرع ، فيكون ذلك وهنا فيها ، ولذلك لم تنتهض لإثبات الحدود والقصاص ، فينبغى أن لا تثبت الا عند عدم شاهدى الاصل كسائر الابدال ، ولا يصح قياسها على أخبار الديانات لانه خفف فيها ، ولهذا لا يعتبر فيها العدد ولا الذكوريه ولا الحرية ولا اللفظ والحاجة داعية اليها فى حق عموم الناس بخلاف مسألتنا

ولنا على قبولها عند تعذرها بغير الموت أنه تعذرت شهادة الاصل فتقبل شهادة الفرع كما لو مات شاهدى الاصل ويخالف الحاضرين فإن سماع شهادتهما ممكن فلم يجز غير ذلك

اذا ثبت هذا فذكر القاضى أن الغيبة المشترطة لسماع شهادة الفرع أن يكون شاهد الاصل بموضع لا يمكنه أن يشهد ثم يرجع من يومه . وهذا قاله أبو يوسف وأبو حامد من أصحاب الشافعى لان الشاهد تشق عليه المطالبة بمثل هذا السفر ، وقد قال الله تعالى (ولا يضار كاتب ولا شهيد) واذا لم يكلف الحضور تعذر سماع شهادته فاحتيج الى سماع شهادة الفرع

وقال أبو الخطاب : تعتبر مسافة القصر ، وهو قول أبي حنيفه وأبي الطيب الطبرى مع اختلافهم فى مسافة القصر كل على أصله ، لان ما دون ذلك فى حكم الحاضر فى الترخص وغيره بخلاف مسافة القصر ، ويعتبر دوام هذا الشرط الى الحكم ، فلو شهد شاهدا الفرع فلم يحكم بشهادتهما حتى حضر شاهدا الاصل وقف الحكم على سماع شهادتهما لانه قدر على الاصل قبل العمل بالبدل فلم يجز العمل به كالمتيمم يقدر على الماء قبل الصلاة ولان حضورهما لو وجد قبل أداء شهادة الفرع منع ، فإذا طرأ قبل الحكم منع منه كالفسق .

الشرط الثانى : ان يتحقق شروط الشهادة من العدالة وغيرها فى كل واحد من شهود الاصل والفرع على الوجه الذى ذكرناه، لأن الحكم ينبنى على الشهادتين جميعاً فاعتبرت الشروط فى كل واحد منهما . ولا خلاف فى هذا نعلمه . فان عدل شهود الفرع شهود الأصل فشهدا بعدالتهما وعلى شهادتهما جاز بغير خلاف نعلمه ، وإن لم يشهدا بعدالتهما جاز ويتولى الحاكم ذلك ، فان علم عدالتهما حكم وان لم يعرفها بحث عنها ، وبهذا قال الشافعى .

وقال الثورى وأبو يوسف : ان لم يعدل شاهدا الفرع شاهدى الأصل لم يسمع الحاكم شهادتهما ، لان ترك تعديله يرتاب به الحاكم ، وليس بصحيح لانه يجوز ان لا يعرفا ذلك فيرجع فيه الى بحث الحاكم ، ويجوز ان يعرفا عدالتهما ويتركاها اكتفاء بما يثبت عند الحاكم من عدالتهما، ولا بد من استمرار هذا الشرط ووجود العدالة فى الجميع الى انقضاء الحكم لما ذكرنا فى شاهد الأصل قبل هذا ، وإن مات شهود الاصل والفرع لم يمنع الحكم ، وكذلك لو مات شهود الاصل قبل أداء الفروع شهادتهم لم يمنع من ادائها والحكم بها ، لان موتهم من شرط سماع شهادة الفروع والحكم فلا يجوز جعله مانعا ، وكذلك ان جنوا لان جنونهم بمنزلة موتهم .

الشرط الثالث : ان يعينا شاهدى الاصل ويسمياهما ، وقال ابن جرير اذا قالا ذكرين حرين عدلين جاز ، وان لم يسميا لان الغرض معرفة الصفات دون العين، وليس بصحيح لجواز ان يكونا عدلين عندهما مجروحين عند غيرهما ولان المشهود عليه ربما أمكنه جرح الشهود فإذا لم يعرف أعيانهما تعذر عليه ذلك .

الشرط الرابع : ان يسترعيه شاهد الاصل الشهادة فيقول اشهد على شهادتى أنى أشهد أن لفلان على فلان كذا أو أقر عندى بكذا ، او سمع شاهداً يسترعى آخر شهادة يشهده عليها فيجوز لهذا السامع ان يشهد بها لحصول الاسترعاء، ويحتمل ان لا يجوز له ان يشهد الا أن يسترعيه بعينه وهو قول أبى حنيفة .

قال أحمد لا تكون شهادة إلا أن يشهدك فأما اذا سمعته يتحدث فإنما ذلك حديث وبما ذكرنا قال الشافعى وأصحاب الرأى وأبو عبيد .

فأما ان سمع شاهداً يشهد عند الحاكم بحق أو سمعه يشهد بحق يعزيه الى سبب

نحو ان يقول أشهد ان لفلان على فلان ألفا من ثمن مبيع ، فهل يشهد به ؟ قال ابو الخطاب فيه روايتان

وذكر القاضي ان له الشهادة به وهو مذهب الشافعي ، لانه بالشهادة عند الحاكم ونسبته للحق الى سببه يزول الاحتمال ويرتفع الاشكال فتجوز له الشهادة على شهادته كما لو استرعاه .

والرواية الاخرى : لا يجوز أن يشهد على شهادته ، وهو قول أبي حنيفة وأبي عبيد لان الشهادة على الشهادة فيها معنى النيابة فلا ينوب عنه الا باذنه ، ومن نصر الاول قال هذا ينقل شهادته ولا ينوب عنه لانه لا يشهد مثل شهادته وإنما يشهد على شهادته .

فأما ان قال اشهد أني أشهد على فلان بكذا فالاشبه ان يجوز ان يشهد على شهادته وهذا قول ابي يوسف لان معنى ذلك اشهد على شهادتي .

وقال ابو حنيفة : لا يجوز الا ان يقول أشهد على شهادتي أني اشهد لانه اذا قال اشهد فقد أمره بالشهادة ولم يسترعه ، وما عدا هذه المواضع لا يجوز ان يشهد فيها على الشهادة ، فإذا سمعه يقول اشهد ان لفلان على فلان ألف درهم لم يجز ان يشهد على شهادته لانه لم يسترعه الشهادة فيحتمل ان يكون وعده بها ، وقد يوصف الوعد بالوجوب مجازا فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال «العدة دين» ويحتمل ان يريد بالشهادة العلم فلم يجز لسامعه الشهادة به .

فإن قيل فلو سمع رجلا يقول لفلان على ألف درهم جاز ان يشهد بذلك فكذا هذا . قلنا الفرق بينهما من وجهين

أحدهما : ان الشهادة تحتمل العلم ولا تحتمل الاقرار .

الثاني ، أن الاقرار أوسع في لزومه من الشهادة بدليل صحته في المجهول ، وأنه لا يراعى فيه العدد بخلاف الشهادة ، ولان الاقرار قول الانسان على نفسه وهو غير متهم عليها فيكون أقوى منها . ولهذا لا تسمع الشهادة في حق المقر ولا يحكم بها . ولو قال شاهد الاصل أنا أشهد ان لفلان على فلان ألفا فاشهد به أنت عليه لم يجز ان يشهد على شهادته ، لانه ما استرعاه شهادته فيشهد عليها ، ولا هو شاهد بالحق ، لانه ما سمع الاعتراف به ممن هو عليه ولا شاهد سببه .

(فصــــل)

فأما كيفية الأداء إذا كان قد استرعاه الشهادة فإنه يقول : أشهد أن فلان ابن فلان وقد عرفته بعينه واسمه ونسبه وعدالته ، أشهدني أنه يشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا ؛ أو أن فلانا أقر عندى بكذا ، وإن لم يعرف عدالته لم يذكرها .

وإن سمعه يشهد غيره قال : أشهد أن فلان بن فلان أشهد على شهادته أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا ، وان كان سمعه يشهد عند الحاكم قال : أشهد أن فلان بن فلان شهد على فلان بن فلان عند الحاكم بكذا، وإن كان نسب الحق الى سببه قال : أشهد أن فلان بن فلان قال أشهد أن لفلان بن فلان على فلان بن فلان كذا وكذا من جهة كذا وكذا ، واذا أراد الحاكم أن يكتب ذلك كتبه على ما ذكرنا فى الأداء .

(فصل) واختلفت الرواية فى شرط خامس وهو الذكورية فى شهود الفرع فعن أحمد أنها شرط ، فلا يقبل فى شهود الفرع نساء بحال ، سواء كان الحق مما تقبل فيه شهادة النساء أو لا . وهذا قول مالك والثورى والشافعى ، لأنهم يثبتون بشهادتهم شهادة شهود الاصل دون الحق ، وليس ذلك بمال ولا المقصود منه المال ويطلع عليه الرجال فأشبه القصاص والحد

والثانية : للنساء مدخل فيما لو كان المشهود به يثبت بشهادتهن فى الاصل . قال حرب : قيل لأحمد فشهادة امرأتين على شهادة امرأتين تجوز ؟ قال نعم . يعنى اذا كان معهما رجل .

وذكر الاوزاعى قال سمعت نمير بن أوس يجيز شهادة المرأة على شهادة المرأة . ووجهه أن المقصود بشهادة الفروع اثبات الحق الذى يشهد به شهود الاصـــل فقبلت فيه شهادتهن كالبيع ، ويفارق الحد والقصاص ، فإنه ليس القصد من الشهادة به اثبات مال بحال . فأما شهود الاصل فيدخل النساء فيه ، فيجوز أن يشهد رجلان على شهادة رجل وامرأتين فى كل حق يثبت بشهادتهن مع الرجال فى قول أكثر أهل العلم .

وذكر أبو الخطاب فى المنع منه رواية أخرى ، لأن فى الشهادة على الشهادة

ضعفا لما ذكرنا من قبل فلا مدخل للنساء فيها لأنها تزداد بشهادتهن ضعفا .

ولنا أن شهود الفرع إن كانوا يثبتون شهادة الأصل فهى تثبت بشهادتهم ، وإن كانوا يثبتون نفس الحق فهى تثبت بشهادتهم ، ولأن النساء شهدن بالمال أو مايقصد به المال فيثبت بشهادتهن ، كما لو أدينها عند الحاكم . وما ذكر للرواية الأخرى لا أصل له .

(فصل) ويجوز أن يشهد على كل واحد من شاهدى الأصل شاهد فرع . فيشهد شاهدا فرع على شاهدى أصل . قال القاضى : لا يختلف كلام أحمد فى هذا وهو قول شريح والشعبى والحسن وابن شبرمة وابن أبى ليلى والثورى وإسحاق والبتى والعنبرى ونمير بن أوس . وقال إسحاق : لم يزل أهل العلم على هذا حتى جاء هؤلاء . وقال أحمد : وشاهد على شاهد يجوز ، لم يزل الناس على ذا : شريح فمن دونه إلا أن أبا حنيفة أنكره . وذهب أبو عبد الله بن بطة الى أنه لا يقبل على كل شاهد أصل إلا شاهدا فرع . وهذا قول أبى حنيفة ومالك والشافعى ، لأن شاهدى الفرع يثبتان شهادة شاهدى الاصل ، فلا تثبت شهادة كل واحد منهما بأقل من شاهدين ، كما لا يثبت اقرار مقرين بشهادة اثنين يشهد على كل واحد منهما واحد .

ولنا أن هذا يثبت بشاهدين ، وقد شهد اثنان بما يثبته فيثبت ، كما لو شهدا بنفس الحق ، ولان شاهدى الفرع بدل من شهود الاصل ، فيكفى فى عددها ما يكفى فى شهادة الاصل ، ولأن هذا اجماع على ما ذكره أحمد واسحاق ، ولان شاهدى الفرع لا ينقلان عن شاهدى الاصل حقا عليهما ، فوجب أن يقبل فيه قول واحد ، كأخبار الديانات ، فانهم انما ينقلون الشهادة وليست حقا عليهم . ولهذا لو أنكراها لم يعد الحاكم عليهما ولم يطلبهامنهما . وهذا الجواب عما ذكروه

فاذا ثبت هذا فمن اعتبر لكل شاهد أصل شاهدى فرع أجاز أن يشهد شاهدان على كل واحد من شاهدى الاصل ، وبهذا قال مالك وأصحاب الرأى . قال الشافعى : ورأيت كثيراً من الحكام والمفتين يجيزه ، وخرجه على قولين : أحدهما جوازه ، والآخر لا يجوز حتى يكون شهود الفرع أربعة على كل شاهد أصل شاهدا فرع . واختاره المزنى ، لان من يثبت به أحد طرفى الشهادة لايثبت

به الطرف الآخر ، كما لو شهد أصل مع شاهد ثم شهد مع آخر على شهادة شاهد الاصـل الآخر .

ولنا أنهما شهدا على قولين فوجب أن يقبل ، كما لو شهـدا باقرارين بحقين أو باقرار اثنين ، وانما لم يجز أن يشهد شاهـد الاصل فرعا ، لانه يؤدى الى أن يكون بدل أصلا فى شهـادة بحق ، وذلك لا يجوز ، ولانهم يثبتون بشهادتهم شهادة الاصل وليست شهادة أحدهم ظرفا لشهادة الآخر ، فعلى قول الشـافعى أن يثبت الحق بشهادة رجل وامرأتين وجب أن يكون شهود الفرع ستة ، وان كان حق يثبت بأربع نسوة فوجب أن يكون شهود الفرع ثمانية ، وان كان المشهود به زنا خرج فيه خمسة أقوال .

أحدها : لا مدخل لشهادة الفرع فى اثباته . والثانى يجوز ويجب أن يكون شهود الفرع ستة عشر ، فيشهد على شهـادة كل واحد من شهود الاصل أربعة . الثالث يكفى ثمانية . والرابع يكونون أربعة يشهدون على كل واحد

والخامس يكفى شاهدان يشهدان على كل واحد من شهود الاصل ، وهـذا اثبات لحد الزنا بشاهدين وهو بعيد

(فصـــل) وان شهد بالحق شاهدا أصل وشاهدا فرع يشهدان على شهادة أصل آخر جاز ، وان شهد شاهد أصل وشاهد فرع خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا من قبل ، وان شهد شاهد أصل ثم شهد هو وآخر فرعا على شاهد أصل آخر لم تفده شهادته الفرعية شيئا ، وكان حكم ذلك حكم ما لو شهد على شهادته شاهد واحد .

« مسألة » قال (ويشهد على من سمعه يقر بحق ، وان لم يقل للشاهد اشهدعلى)

اختلفت الرواية عن أحمد فى هـذه المسأله ، فالمذهب ما ذكره الخرقى ، وبه قال الشعبي والشافعى . وعن أحمد رواية ثانية : لايشهد حتى يقول له المقر اشهد على ، كما أنه لا يجوز أن يشهـد على شهادة رجل حتى يسترعيه اياها ويقول له اشهد على شهادتى .

وعنه رواية ثالثة : إذا سمعه يقر بقرض لا يشهد ، وأذا سمعه يقر بدين يشهد لأن المقر بالدين معترف أنه عليه ، والمقر بالقرض لا يعترف بذلك لجواز أن يكون اقترض منه ثم وفاه .

وعنه رواية رابعة : إذا سمع شيئا فدعى إلى الشهادة فهو بالخيار ان شاء شهد وإن شاء لم يشهد . قال ولكن يجب عليه إذا أشهد أن يشهد إذا دعى (ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا) قال إذا أشهدوا . وقال ابن أبي موسى : إذا سمع رجلا يقر لرجل بحق ولم يقل اشهد على بذلك وسمع الشاهد ، فله أن يشهد عليه فيقول : أشهد أنى حضرت إقرار فلان بكذا ، ولا يقول أشهد على إقراره ، وان سمعه يقول : اقترضت من فلان أو قبضت من فلان لم يجز أن يشهد به

والصحيح الأول لان الشاهد يشهد بما علمه وقد حصل له العلم بسماعه لجاز أن يشهد به كما يجوز أن يشهد بما رآه من الأفعال . وذكر القاضى أن فى الأفعال روايتين . إحداهما : لا يشهد به حتى يقول المشهود عليه اشهد . وهذا إن أراد به العموم فى جميع الأفعال فلا يصح ، لأن ذلك يؤدى الى منع الشهادة عليها بالكلية فإن الغاصب لا يقول لأحد اشهد على انى أغصب ، ولا السارق ولا الزانى ولا القاتل وأشباه هؤلاء . وقد شهد أبو بكرة وأصحابه على المغيرة بالزنا فلم يقل عمر هل أشهدكم أو لا ؟ ولم يقل هذا أحد من الصحابة ولا من غيرهم ، ولا قاله الذين شهدوا على قدامة بشرب الخمر ، ولا قاله عمر للذين شهدوا على الوليد بن عقبه . وإن أراد به الأفعال التى تكون بالتراضى ، كالقرض والقبض فيه وفى الرهن والبيع والافتراق ونحو ذلك جاز

فصل

ولو حضر شاهدان حسابا بين اثنين شرطا عليهما أن لا يحفظا عليهما شيئا ، كان للشاهدين أن يشهدا بما سمعاه منهما ولم يسقط ذلك شرطهما ، لأن للشاهد أن يشهد بما سمعه أو علمه ، وذلك قد حصل له سواء أشهده أو سمعه ، وكذلك يشهدان على العقود بحضورها وعلى الجنايات بمشاهدتها ولا يحتاجان إلى اشهاد . وبهذا قال ابن سيرين ومالك والثورى والشافعى

(فصل) والحقوق على ضربين :

أحدهما : حق لآدمى معين ، كالحقوق المالية والنكاح وغيره من العقود والعقوبات كالقصاص وحد القذف والوقف على آدمى معين فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد الدعوى لأن الشهادة فيه حق لآدمى فلا تستوفى إلا بعد مطالبته وإذنه ولأنها حجة على الدعوى ودليل لها فلا يجوز تقدمها عليها

الضرب الثاني : ما كان حقا لادمى غير معين كالوقف على الفقراء والمساكين أو جميع المسلمين أو على مسجد أو سقاية أو مقبرة مسبلة أو الوصية لشىء من ذلك ونحو هذا ، او ما كان حقاً لله تعالى كالحدود الخالصة لله تعالى أو الزكاة أو الكفارة فلا تفتقر الشهادة به الى تقــدم الدعوى ، لأن ذلك ليس له مستحق معين من الادميين يدعيه ويطالب به ، ولذلك شهد أبو بكرة وأصحابه على المغيرة ، وشهد الجارود وأبو هريرة على قدامة بن مظعون بشرب الخمر ، وشهد الذين شهدوا على الوليد بن عقبة بشرب الخمر أيضا من غير تقدم دعوى فأجيزت شهادتهم ، ولذلك لم يعتبر فى ابتداء الوقف قبول من أحد ولا رضى منه ، وكذلك مالا يتعلق به حق أحد الغريمين كتحريم الزوجة بالطلاق أو الظهار أو إعتاق الرقيق تجوز الحسبة به ولا تعتبر فيه دعوى .

ولو شهد شاهدان بعتق عبد أو أمة ابتداء ثبت ذلك ، سواء صدقهما المشهود بعتقه أو لم يصدقهما ، وبهذا قال الشافعى ، وبه قال أبو حنيفة فى الأمة ، وقال فى العبد لا يثبت ما لم يصدق العبد به ويدعيه ، لأن العتق حقه فأشبه سائر حقوقه

ولنا أنها شهادة بعتق فلا تفتقر الى تقدم الدعوى كعتق الأمة ، ويخالف سائر الحقوق لانه حق لله تعالى ، ولهذا لا يفتقر الى قبول المعتق ، ودليل ذلك الأمة . وماذكروه يبطل بعتق الامة ، فإن قيل الامة يتعلق بإعتاقها تحريم الوطء قلنا هذا لا أثر له فإن المنع يوجب تحريمها عليه ولا تسمع الشهادة به الا بعد الدعوى

(فصل) ومن كانت عنده شهادة لادمى لم يخل إما أن يكون عالما بها أو غير عالم ، فإن كان عالما بها لم يجز للشاهد أداؤها حتى يسأله ذلك ، لقول النبي صلى الله عليه وسلم « خير الناس قرنى ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ، ثم يأتى قوم ينذرون ولا يوفون ويشهدون ولا يستشهدون ، ويخونون ولا يؤتمنون » رواه البخارى ولان أداءها حق للمشهود له فلا يستوفى الا برضاه كسائر حقوقه ؛ وان كان

المشهود له غير عالم بها جاز للشاهد أداؤها قبل طلبها لان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ألا أنبئكم بخير الشهداء ؟ الذى يأتى بشهادته قبل أن يُسألها » رواه مسلم وأبو داود ومالك . وقال مالك : هو الذى يأتى بشهادته ولا يعلم بها الذى هى له وهذا الحديث وان كان مطلقا فإنه يتعين حمله على هذه الصور جمعاً بين الحديثين ، ولانه اذا لم يكن عالما بها فتركه طلبها لا يدل على أنه لا يريد إقامتها بخلاف العالم بها ، وهذا مذهب الشافعى .

(فصل) ويعتبر لفظ الشهادة فى أدائها ، فيقول أشهد أنه أقر بكذا ونحوه ، ولو قال أعلم أو أحقق وأتيقن أو أعرف لم يعتد به لان الشهادة مصدر شهد يشهد شهادة فلا بد من الإتيان بفعلها المشتق منها ؛ ولان فيها معنى لا يحصل فى غيرها من اللفظات بدليل أنها تستعمل فى اليمين ، فيقال أشهد بالله ؛ ولهذا تستعمل فى اللعان ولا يحصل ذلك من غيرها ، وهذا مذهب الشافعى ولا أعلم فيه خلافا

« مسألة » قال (وتجوز شهادة المستخفى اذا كان عدلا)

المستخفى هو الذى يخفى نفسه عن المشهود عليه ليسمع اقراره ولا يعلم به مثل من يجحد الحق علانية ويقر به سراً فيختبىء شاهدان فى موضع لا يعلم بهما ليسمعا اقراره به ثم يشهدا به فشهادتهما مقبولة على الرواية الصحيحة ، وبهذا قال عمرو ابن حريث وقال كذلك يفعل بالخائن والفاجر

وروى مثل ذلك عن شريح وهو قول الشافعى . وروى عن أحمد رواية أخرى لا تسمع شهادته ، وهو اختيار أبى بكر وابن ابى موسى ، وروى ذلك عن شريح والشعبى لان الله تعالى قال (ولا تجسسوا) وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من حدث بحديث ثم التفت فهى أمانة» يعنى انه لا يجوز لسامعه ذكره عنه لالتفاته وحذره

وقال مالك : ان كان المشهود عليه ضعيفا ينخدع لم يقبلا عليه ، وان لم يكن كذلك قبلت

ولنا أنهما شهدا بما سمعاه يقينا فقبلت شهادتهما كما لو علم بها

كتاب الأقضية

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا هلك رجل وخلف ولدين ومائتى درهم فأقر أحدهما بمائة درهم دينا على أبيه لأجنبي دفع إلى المقر له نصف ما فى يده من إرثه عن أبيه إلا أن يكون المقر عدلا فيشاء الغريم أن يحلف مع شهادة الابن ويأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين)

هذه المسألة فى الاقرار من بعض الورثة وقد ذكرناها فى باب الاقرار وأنه إنما يلزم المقر من الدين بقدر ميراثه منه وميراثه ههنا النصف فيكون عليه نصف الدين وهو نصف المائة ونصفها الباقى يشهد به على أخيه فإن كان عدلا فشاء الغريم حلف مع شهادته واستحق الباقى لأنه لا تهمة فى حق الابن المقر فإنه لا يجر الى نفسه بهذه الشهادة نفعا ولا يدفع بها ضرا .

وإن شهد أجنبى مع الوارث المقر كملت الشهادة وحكم للمدعى بما شهدا به له إذا كانا عدلين وأديا الشهادة بلفظ الشهادة ولا يكتفى بلفظ الاقرار فى الشهادة لما ذكرنا من قبل وإن كان الاقرار من اثنين من الورثه عدلين مثل ان يخلف ثلاثة بنين فيقر اثنان منهم بالدين ويشهدان به فإن شهادتهما تقبل ويثبت باقى الدين فى حق المنكر . وبهذا قال الحسن والشعبى والشافعى وابن المنذر وقال حماد وأصحاب الرأى المقر به كله فى نصيب المقر وهو قول الشعبى وعلى هذا ينبغى أن لا تقبل شهادة المقر بالدين لأنه يجر بشهادته نفعا الى نفسه وهو إسقاط بعض ما أقر به عن نفسه والاقرار بوصية تخرج من الثلث كالاقرار بالدين فيما ذكرناه .

(فصل) ولو ثبت لرجل على رجل دين ببينة لم يمنع ذلك قبول شهادته عليه بدين أو وصية فى قول عامة أهل العلم إلا ابن أبى ليلى قال : لا تقبل شهادته على غريمه الميت بذلك فيحتمل أنه منع من ذلك لئلا يواطىء من يشهد له بدين فيحاص الغرماء بما شهد له به ثم يقاسمه .

ولنا : أنه عدل غير متهم فتقبل شهادته له كغيره وذلك لانه لا يجر بشهادته الى نفسه نفعا ولا يدفع بها ضرا بل يضر نفسه بها لكون المشهود له يزاحمه فى الاستيفاء وينقص ما يأخذه فهو أقرب الى الصدق وأحرى أن تقبل شهادته

وما ذكرناه له من الاحتمال يوجد فى الأجنبي فلم يمنع قبول شهادته .

« مسألة » قال (ولو هلك رجل عن ابنين وله حق بشاهد وعليه من الدين ما يستغرق ميراثه فأبى الوارثان ان يحلفا مع الشاهد لم يكن للغريم ان يحلف مع شاهد الميت ويستحق فإن حلف الوارثان مع الشاهد حكم بالدين فدفع الى الغريم)

وجملته أن الرجل اذا مات مفلساً وادعى ورثته دينا له على رجل فأنكر فاقاموا شاهدا عدلا وحلفوا معه حكم بالدين للميت ثم تقضى منه ديونه ثم تنفذ وصاياه من الثلث إلا أن يجيز الورثة فإن أبى الورثة ان يحلفوا لم يكن للغريم ان يحلف مع شاهد الميت وبهذا قال اسحاق وأبو ثور والشافعى فى الجديد وقال فى القديم للغريم ان يحلف ويستحق وهذا قول مالك لأن حقه متعلق به بدليل أنه لو ثبت المال قدم حقه على الورثه وكانت له اليمين كالوارث .

ولنا أن الدين للورثة دون الغريم فلم يكن له ان يحلف عليه كما لو لم يستغرق الدين ميراثه والدليل على أنه للوارث أنه يكتفى بيمينه ولو كان لغيره لما اكتفى بها ولأن حق الغريم فى ذمة الميت والدين للميت ولهذا يشهد الشاهد بأن الدين للميت والذى يحلف معه إنما يحلف على هذا ولا يجوز للغريم ان يحلف لى فى ذمة المدعى عليه دينا بالاتفاق فلم يجز ان يحلف على دين غيره الذى لا فعل له فيه لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما جعل اليمين للمالك ولا يلزم على هذا الوكيل لانه يحلف على فعل نفسه ، ولأن الغريم لو حلف مع الشاهد ثم أبرأ الميت من الدين لرجع الدين الى الورثة ولو كان قد ثبت له بيمينه لم يرجع إليهم وهكذا لو وصى الميت لانسان ثم لم يحلف الورثة لم يكن للموصى له ان يحلف لما ذكرناه .

(فصل) فإن حلف أحد الابنين مع الشاهد لم يثبت من الدين إلا قدر حصته وهكذا إذا ادعى الورثة وصية لابيهم أو دينا وأقاموا شاهدا لم يثبت جميعه إلا بأيمان جميعهم ، وإن حلف بعضهم ثبت من الدين والوصية بقدر حقه ولا يشاركه فيه باقى الورثة لانه لا يثبت لهم حق بدون أيمانهم ولا يجوز أن يستحقوا بيمين غيرهم ويقضى من دين أبيه بقدر ما ثبت له فإن كان فى الورثة صغير أومعتوه وقف حقه حتى يبلغ الصغير ويعقل المعتوه لأنه لا يمكن ان يحلف

على حاله ولا يحلف وليه لكون اليمين لا تدخلها النيابة ، وإن كان فيهم أخرس مفهوم الإشارة حلف وأعطى حصته ، وإن لم تفهم إشارته وقف حقه أيضا ، فإن مات أو مات الصبي والمعتوه قام ورثتهم مقامهم فى اليمين والاستحقاق ، فإن طالب أولياؤهما فى حياتهما بحبس المدعى عليه حتى يبلغ الصبى ويفيق المجنون ويعقل الأخرس الإشارة أو بإقامة كفيل لم يجابوا إلى ذلك لأن الحبس عذاب لا يستحق على من لم يثبت عليه حق .

(فصل) وتركة الميت يثبت الملك فيها لورثته وسواء كان عليه دين أو لم يكن ، نص عليه أحمد فيمن أفلس ثم مات قال قد انتقل المبيع الى الورثة وحصل ملكه لهم . وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : إن كان الدين يستغرق التركة منع نقلها إلى الورثة ، فإن كان لا يستغرقها لم يمنع انتقال شىء منها .

وقال أبو سعيد الاصطخرى : يمنع بقدره ، وقد أومأ أحمد الى مثل هذا ، فإنه قال فى أربعة بنين ترك أبوهم داراً وعليه دين ، فقال أحد البنين : أنا أعطى ودعوا الى الربع ، فقال أحمد هذه الدار للغرماء لا يرثون شيئا حتى يؤدوا الدين ، وهذا يدل على أنها لم تنتقل اليهم عنده ، لأنه يمنع الوارث من إمساك الربع بدفع قيمته لأن الدين لم يثبت فى ذمم الورثة فيجب أن يتعلق بالتركة والمذهب الأول ، ولهذا قلنا : إن الغريم لا يحلف على دين الميت ، وذلك لأن الدين محله الذمة وإنما يتعلق بالتركة فيتخير الورثة بين قضاء الدين منها أو من غيرها كالرهن والجانى ولهذا لا يلزم للغرماء نفقة العبيد ولا يكون نماء التركة لهم ، ولأنه لا يخلو من أن تنتقل إلى الورثة أو الى الغرماء أو تبقى للميت أو لا تكون لأحد . لا يجوز أن تنتقل الى الغرماء لانها لو انتقلت اليهم لزمهم نفقة الحيوان وكان نماؤها لهم غير محسوب من دينهم ولا يجوز أن تبقى للميت لانه لم يبق أهلا للملك ، ولا يجوز أن لا تكون لاحد لانها مال مملوك فلا بد من مالك ، ولانها لو بقيت بغير مالك لأبيحت لمن يتملكها كسائر المباحات فثبت أنها انتقلت الى الورثة

فعلى هذا اذا نمت التركة ، مثل أن غلت الدار وأثمرت النخيل ونتجت الماشية فهو للوارث ينفرد به لا يتعلق به حق الغرماء لانه نماء ملكه فأشبه كسب الجانى ، ويحتمل أن يتعلق به حق الغرماء كنماء الرهن .

ومن اختار الأول قال تعلق الحق بالرهن آكد لانه ثبت باختيار المالك ورضاه ولهذا منع التصرف فيه ، وهذا يثبت بغير رضى المالك ولم يمنع التصرف فكان أشبه بالجاني .

وعلى الرواية الاخرى يكون نماء التركة حكمه حكم التركة وما يحتاج اليه من المؤنة منها ، وإن تصرف الورثة في التركة ببيع أو هبة أو قسمة فعلى الرواية الاولى تصرفهم صحيح، فإن قضوا الدين والا نقضت تصرفاتهم كما لو تصرف السيد في العبد الجاني ولم يقض دين الجناية ، وعلى الرواية الاخرى تصرفاتهم فاسدة لانهم تصرفوا فيما لم يملكوه .

(فصل) إذا خلف ثلاثة بنين وأبوين فادعى البنون أن أباهم وقف داره عليهم في صحته وأقاموا بذلك شاهداً واحداً حلفوا معه وصارت وقفا عليهم وسقط حق الابوين وان لم يحلفوا معه ولم يكن على الميت دين ولا له وصية حلف الابوان وكان نصيبهما طلقا لهما ونصيب البنين وقفا عليهم باقرارهم لانه ينفذ باقرارهم ، وان كان على الميت دين أو وصى بشيء قضى دينه ونفذت وصيته وما بقي بين الورثة فما حصل للبنين كان وقفا عليهم باقرارهم ؛ وان حلف واحد منهم كان ثلث الدار وقفا عليه والباقي يقضى منه الدين وما فضل يكون ميراثا فما حصل للابنين منه كان وقفا عليهما ولا يرث الحالف شيئا لانه يعترف أنه لا يستحق منها شيئا سوى ما وقف عليه

وان حلفوا كلهم فثبت الوقف عليهم لم يخل من أن يكون الوقف مرتبا على بطن ثم على بطن بعد بطن أبداً أو مشتركا ، فإن كان مرتبا فاذا انقرض الاولاد الثلاثة انتقل الوقف الى البطن الثاني بغير يمين لانه قد ثبت كونه وقفا بالشاهدين ويمين الاولاد ، فلم يحتج من انتقل اليه الى بينة ، كما لو ثبت بشاهدين وكالمال الموروث ، وكذلك اذا انقرض الاولاد ورجع الى المساكين لم يحتاجوا في ثبوته لهم الى يمين لما ذكرناه .

وان انقرض أحد الاولاد انتقل نصيبه منه الى اخوته أو الى من شرط الواقف انتقاله اليه بغير يمين لما ذكرنا فان امتنع البطن الاول من اليمين فقد

ذكرنا أن نصيبهم يكون وقفا عليهم بإقرارهم ، فإذا انقرضوا كان ذلك وقفا على حسب ما أقروا به ، فان كان إقرارهم أنه وقف عليهم ثم على أولادهم ، فقال أولادهم نحن نحلف مع شاهدنا لتكون جميع الدار وقفا لنا فلهم ذلك لأنهم ينقلون الوقف من الواقف فلهم إثباته كالبطن الأول .

فأما إن حلف أحد البنين ونكل أخواه ثم مات الحالف نظرت فان مات بعد موت إخوته صرف نصيبه الى أولاده وجها واحداً ، وان مات فى حياة إخوته ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : ينصرف الى اخوته لأنه لا يثبت للبطن الثانى شىء مع بقاء أحد من البطن الاول .

والثانى ينتقل الى أولاده لان أخويه أسقطا حقهما بنكولهما فصارا كالمعدومين

والثالث : يصرف الى أقرب عصبة الواقف لانه لم يمكن صرفه الى الاخوين ولا الى البطن الثانى لما ذكرنا فيصرف الى أقرب عصبة الواقف الى أن يموت الاخوان ثم يعود الى البطن الثانى . والاول أصح لان الاخوين لم يسقطا حقوقهما وانما امتنعا من اقامة الحجة عليه ، ولذلك لو اعترف لهما الابوان ثبت الوقف من غير يمين ، وههنا قد حصل الاعتراف من البطن الثانى فوجب أن ينصرف اليهما لحصول الاتفاق من الجميع على استحقاقهما له .

فان قيل : فاذا كان البطن الثانى صغاراً فما حصل الاعتراف منهم . قلنا قد حصل الاعتراف من الحالف الذى ثبتت الحجة بيمينه وبالبينة التى ثبت بها الوقف وبها يستحق البطن الثانى فاكتفى بذلك فى انتقاله الى الاخوين كما يكتفى به فى انتقاله الى البطن الثانى بعد انقراض الاخوين ، ويدل على صحة هذا أننا اكتفينا بالبينة فى أصل الوقف وفى كيفيته وصفته وترتيبه فيما عدا هذا المختلف فيه فيجب أن يكتفى به فيه . فأما ان كان شرط الواقف أن من مات منهم عن ولد انتقل نصيبه اليه انتقل الى أولاده وجها واحدا لانه لا منازع لهم فيه ، وان مات من غير ولد انتقل الى أخويه على الوجه الصحيح ويخرج فيه الوجهان الآخران

الحال الثانى : اذا كان الوقف مشتركا وهو أن يدعوا أن أباهم وقف داره على ولده وولد ولده ما تناسلوا فقد شرك بين البطون ، فى هذه الحال اذا حلف أولاده

الثلاثة مع شاهدهم ولم يكن أحد من أولادهم معهم موجوداً ثبت الوقف على الثلاثة وإن كان من أولادهم أحد موجوداً فهو شريكهم ، فإن كان كبيراً حلف واستحق وإن لم يحلف كان نصيبه ميراثا تقضى منه الديون وتنفذ الوصايا وباقيه للورثة لأنه يأخذ الوقف ابتداء من الواقف بغير واسطة فهو كأحد البنين ، وإن كان صغيرا أو حدث لأحد البنين ولد يشاركهم فى الوقف او كان أحد البنين صغيرا وقف نصيبه من الوقف عليه ولا يسلم الى وليه حتى يبلغ فيحلف او يمتنع لأنه يتلقى الوقف من غير واسطة .

فإن قيل فلم لم يستحق بغير يمين لكون البنين المستحقين معترفين له بذلك فيكتفى باعترافهم ، كما لو كان فى أيديهم دار فاعترفوا لصغير منها بشرك فإنه يسلم الى وليه .

قلنا : الفرق بينهما ان الدار التى فى أيديهم لم يكن لهم فيها منازع ولا يوجب على أحد منهم فيها يمين وهذه ينازعهم فيها الأبوان وأصحاب الديون والوصايا وإنما يأخذونها بأيمانهم ، فإذا أقروا بمشارك لهم فقد اعترفوا بأنه كواحد منهم لا يستحق إلا بيمينه كما لا يستحق واحد منهم إلا باليمين، ويفارق ما إذا كان الوقف مرتباً على بطن بعد بطن فإنه لا يشاركهم أحد من البطن الثانى ، فإذا بلغ الصغير الموقوف نصيبه فحلف كان له، وان امتنع نظرت فإن كان موجودا حين الدعوى أو قبل حلفهم كان نصيبه ميراثا كما لو كان بالغا فامتنع من اليمين ، فإن حدث بعد أيمانهم وثبوت الوقف نماء كان له نصيبه أيضاً لأن الوقف ثبت فى جميع الدار بأيمان البنين فلا يبطل بامتناع من حدث الا أنه ان أقر أنها ليست وقفا وكذب البنين فى ذلك كان نصيبه من الغلة ميراثا حكمه حكم نماء الميراث وإن لم يكذبهم فنصيبه وقف له .

وقال القاضى : ان امتنع من اليمين رد نصيبه الى الأولاد الثلاثة ولم يفرق بين من كان موجودا حال الدعوى والحادث بعدها لأنه لا يجوز ان يستحق شيئا بغير يمينه ولا يجوز ان يبطل الوقف الثابت بأيمانهم فتعين رد نصيبه اليهم .

ولنا أنه ان كان موجودا حال الدعوى وحلفهم فهو شريكهم حين يثبت الوقف فلم يجز ان يثبت الوقف فى نصيبه بغير يمينه كالبالغ ، وان كان حادثا

بعد ثبوت الوقف بأيمانهم فهم مقرون له بنصيبه وهو يصدقهم فى إقرارهم فلم يجز لهم أخذ نصيبه كما لو أقروا له بمال، ولأنهم يقرون بأنهم لا يستحقون أكثر من ثلاثة أرباع الوقف فلا يجوز لهم أخذ أكثر من ذلك، وإن مات الصغير قبل بلوغه قام وارثه مقامه فيما ذكرنا، وإن مات أحد البنين البالغين قبل بلوغ الصغير وقف أيضا نصيبه مما كان لعمه الميت وكان الحكم فيه كالحكم فى نصيبه الأصلى

وقال القاضى ان بلغ فامتنع من اليمين فالربع موقوف الى حين موت الثالث ويقسم بين البالغين وورثة الميت لأنه كان بين الثلاثة ونصيبه من الميت للبالغين الحيين خاصة لأنهما مستحقا الوقف

« مسألة » قال (ومن ادعى دعوى وذكر ان بينته بالبعد منه فحلف المدعى عليه ثم أحضر المدعى بينته حكم بها ولم تكن اليمين مزيلة للحق)

وجملته ان المدعى إذا ذكر ان بينته بعيدة منه أو لا يمكنه إحضارها او لا يريد إقامتها فطلب اليمين من المدعى عليه أحلف له. فإذا حلف ثم أحضر المدعى بينة حكم له، وبهذا قال شريح والشعبي ومالك والثورى والليث والشافعى وأبو حنيفة وأبو يوسف وإسحاق.

وحكى عن ابن أبي ليلى وداود ان بينته لا تسمع لان اليمين حجة المدعى عليه فلا تسمع بعدها حجة المدعى كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعى.

ولنا قول عمر رضى الله عنه « البينة الصادقة أحب الىّ من اليمين الفاجرة » وظاهر هذه البينة الصدق ويلزم من صدقها فجور اليمين المتقدمة فتكون أولى، ولأن كل حالة يجب عليه الحق فيها بإقراره يجب عليه بالبينة كما قبل اليمين، وما ذكروه لا يصح لان البينة الأصل واليمين بدل عنها. ولهذا لا تشرع الا عند تعذرها والبدل يبطل بالقدرة على المبدل كبطلان التيمم بالقدرة على الماء ولا يبطل الأصل بالقدرة على البدل، ويدل على الفرق بينهما أنهما حال اجتماعهما وامكان سماعهما تسمع البينة ويحكم بها ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها.

(فصل) فان طلب المدعي حبس المدعي عليه او اقامة كفيل به الى ان

تحضر بينته البعيدة لم يقبل منه ولم يكن له ملازمة خصمه نص عليه أحمد لأنه لم يثبت له قبله حق يحبس به ولا يقيم به كفيلا ، ولأن الحبس عذاب فلا يلزم معصوما لم يتوجه عليه حق ، ولانه لو جاز ذلك لتمكن كل ظالم من حبس من شاء من الناس بغير حق ؛ وان كانت بينته قريبة فله ملازمته حتى يحضرها لان ذلك من ضرورة اقامتها . فانه لو لم يتمكن من ملازمته لذهب من مجلس الحاكم ولا تمكن اقامتها الا بحضرته ، ولانه لما تمكن من احضاره مجلس الحاكم ليقيم البينة عليه تمكن من ملازمته فيه حتى تحضر البينة وتفارق البينة البعيدة أو من لا يمكن حضورها ، فان الزامه الاقامة الى حين حضورها يحتاج الى حبس أو ما يقوم مقامه ولا سبيل اليه .

(فصل) ولو أقام المدعى شاهداً واحداً ولم يحلف معه وطلب يمين المدعى عليه أحلف له ثم ان أحضر شاهداً آخر بعد ذلك كملت بينته وقضى بها لما ذكرنا فى التى قبلها ، وان قال المدعى لى بينة حاضرة وأريد احلاف المدعى عليه ثم أقيم البينة عليه ففيه وجهان .

أحدهما . له ذلك ويستحلف خصمه لانه يملك استحلافه اذا كانت بينته بعيدة فكذلك اذا كانت قريبة ؛ ولانه لو قال لا أريد اقامة بينتى القريبة ملك استحلافه فكذلك اذا أراد اقامتها .

الثانى : لا يملك استحلافه لان فى البينة غنية عن اليمين فلم تشرع معها ، ولان البينة أصل واليمين بدل فلا يجمع بين البدل والاصل كالتيمم مع الماء ، وفارق البعيدة فانها فى الحال كالمعدومة للعجز عنها ، وكذلك التى لا يريد اقامتها لانه قد تكون عليه مشقة فى احضارها أو عليها فى الحضور مشقة فيسقط ذلك المشقة بخلاف التى يريد اقامتها .

« مسألة » قال (واليمين التى يبرأ بها المطلوب هى اليمين بالله ، وان كان الحالف كافراً)

وجملته أن اليمين المشروعة فى الحقوق التى يبرأ بها المطلوب هى اليمين بالله فى قول عامة أهل العلم الا أن مالكا أحب أن يحلف بالله الذي لا اله الا هو .

وإن استحلف حاكم بالله أجزأ . قال ابن المنذر : هذا أحب إلى لأن ابن عباس روى « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استحلف رجلا فقال له : قل والله الذى لا إله الا هو ما له عندك شيء » رواه أبو داود .

وفى حديث عمر حين حلف لأبى قال « والله الذى لا إله الا هو ان النخل لنخلى وما لأبى فيها شيء »

وقال الشافعى : إن كان المدعى قصاصا أو عتاقا أو حداً أو مالا يبلغ نصابا غلظت اليمين فيحلف بالله الذى لا إله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ، وقال فى القسامة : عالم خائنة الاعين وما تخفى الصدور . وهذا اختيار أبى الخطاب . وذكر القاضى أن هذا فى أيمان القسامة خاصة وليس بشرط .

ولنا قول الله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لا نشترى به ثمنا) وقال تعالى (فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) وقال تعالى فى اللعان (فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين) وقال تعالى (وأقسموا بالله جهد أيمانهم) قال بعض أهل التفسير : من أقسم بالله فقد أقسم جهد اليمين .

واستحلف النبى صلى الله عليه وسلم ركانة بن عبد يزيد فى الطلاق فقال « آلله ما أردت الا واحدة » وفى حديث الحضرمى والكندى « أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : ألك بينة ؟ قال لا ولكن أحلفه والله ما يعلم أنها أرضى غصبنيها » رواه أبو داود .

وقال عثمان لابن عمر : تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه ؟ ولان فى الله كفاية فوجب أن يكتفى باسمه فى اليمين كالموضع الذى سلموه . فأما حديث ابن عباس وعمر فإنه يدل على جواز الاستحلاف كذلك وما ذكرناه يدل على الاكتفاء باسم الله وحده ، وما ذكره الباقون فتحكم لا نص فيه ولا قياس يقتضيه .

اذا ثبت هذا فإن اليمين فى حق المسلم والكافر جميعا بالله تعالى لا يحلف أحد بغيره لقول الله تعالى (فيقسمان بالله) ولقول النبى صلى الله عليه وسلم « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت »

فصل

وتشرع اليمين فى حق كل مدعى عليه سواء كان مسلما أو كافراً عدلا أو فاسقا امرأة أو رجلا لقول النبي صلى الله عليه وسلم « اليمين على المدعى عليه »

وروى شقيق عن الاشعث بن قيس قال «قال كان بيني وبين رجل من اليهود أرض فجحدني فقدمته الى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال لى رسول الله صلى الله عليه وسلم : هل لك بينة ؟ قلت لا . قال لليهودى احلف . قلت اذاً يحلف فيذهب بمالى فأنزل الله عز وجل (ان الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا) الى آخر الآية » رواه البخارى وأبو داود وابن ماجه

وفى حديث الحضرمى : قلت انه رجل فاجر لا يبالى على ما حلف عليه ، قال ليس لك منه الا ذلك .

« مسألة » قال (الا انه ان كان يهوياً قيل له . قل والله الذى أنزل التوراة على موسىٰ ، وان كان نصرانيا قيل له : قل والله الذى أنزل الانجيل على عيسى وان كان لهم مواضع يعظمونها ويتوقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها)

ظاهر كلام الخرقى رحمه الله أن اليمين لا تغلظ الا فى حق أهل الذمة ولا تغلظ فى حق المسلمين ، ونحو هذا قال ابو بكر ، ووجه تغليظها فى حقهم ما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يعنى لليهود « نشدتكم بالله الذى أنزل التوراة على موسى ما تجدون فى التوراة على من زنى ؟ » رواه أبو داود . وكذلك قال الخرقى تغلظ بالمكان فيحلف فى المواضع التى يعظمها ويتوقى الكذب فيها ولم يذكر التغليظ بالزمان

وقال أبو الخطاب : ان رأى التغليظ فى اليمين فى اللفظ بالزمان والمكان فله ذلك ، قال وقد أومأ اليه أحمد فى رواية الميمونى ، وذكر التغليظ فى حق المجوسى قال فيقال له : قل والله الذى خلقنى ورزقنى ، وان كان وثنيا حلفه بالله وحده ، وكذلك ان كان لا يعبد الله ، لأنه لا يجوز أن يحلف بغير الله لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت » ولأن هذا ان لم يكن يعتقد هذه يمينا فإنه يزداد بها اثما وعقوبة ، وربما عجلت عقوبته فيتعظ بذلك

ويعتبر به غيره ، وهذا كله ليس بشرط فى اليمين وإنما للحاكم فعله إذا رأى .

وممن قال يستحلف أهل الكتاب بالله وحده مسروق وأبو عبيدة بن عبد الله وعطاء وشريح والحسن وإبراهيم بن كعب بن سور ومالك والثورى وأبو عبيد .

وممن قال لا يشرع التغليظ بالزمان والمكان فى حق مسلم أبو حنيفة وصاحباه وقال مالك والشافعى تغلظ ، ثم اختلفا فقال مالك . يحلف فى المدينة على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم ويحلف قائما ، ولا يحلف قائما الا على منبر رسول الله ، ويستحلفون فى غير المدينة فى مساجد الجماعات ، ولا يحلف عند المنبر إلا على ما يقطع فيه السارق فصاعداً وهو ثلاثة دراهم

وقال الشافعى : يستحلف المسلم بين الركن والمقام بمكة وفى المدينة عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وفى سائر البلدان فى الجوامع عند المنبر وعند الصخرة فى بيت المقدس وتغلظ فى الزمان فى الاستحلاف بعد العصر ولا تغلظ فى المال إلا فى نصاب فصاعداً وتغلظ فى الطلاق والعتاق والحد والقصاص، وهذا اختيار أبى الخطاب .

وقال ابن جرير : تغلظ فى القليل والكثير ، واحتجوا بقول الله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله) قيل أراد بعد العصر . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال « من حلف على منبرى هذا بيمين آثمة فليتبوأ مقعده من النار » فثبت أنه يتعلق بذلك تأكيد اليمين

وروى مالك قال : اختصم زيد بن ثابت وابن مطيع فى دار كانت بينهما الى مروان بن الحكم ، فقال زيد أحلف له مكانى ؛ فقال مروان لا والله إلا عند مقاطع الحقوق ، قال فجعل زيد يحلف ان حقه لحق ويأبى أن يحلف عند المنبر فجعل مروان يعجب .

ولنا قول الله تعالى (فآخران يقومان مقامهما من الذين استحق عليهما الأوليان فيقسمان بالله لشهادتنا أحق من شهادتهما) ولم يذكر مكانا ، ولا زمنا ولا زيادة فى اللفظ ، واستحلف النبى صلى الله عليه وسلم ركانة فى الطلاق فقال « آلله ما أردت الا واحدة ؟ » قال آلله ما أردت الا واحدة ولم يغلظ يمينه بزمن

ولا مكان ولا زيادة لفظ وسائر ما ذكرنا فى التى قبلها ، وحلف عمر لأبى حين تحاكما الى زيد فى مكانه وكانا فى بيت زيد ، وقال عثمان لابن عمر تحلف بالله لقد بعته وما به داء تعلمه؟ وفيما ذكروه تقييد لمطلق هذه النصوص ومخالفة الاجماع، فإن ماذكرنا عن الخليفتين عمر وعثمان مع من حضرهما لم ينكر وهو فى محل الشهرة فكان اجماعا وقوله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة) وانما كان فى حق أهل الكتاب فى الوصية فى السفر ، وهى قضية خولف فيها القياس فى مواضع ، منها قبول شهادة أهل الكتاب على المسلمين ، ومنها استحلاف الشاهدين ، ومنها استحلاف خصومهما عند العثور على استحقاقهما الاثم ، وهم لا يعلمون بها أصلا فكيف يحتجون بها . ولما ذكر أيمان المسلمين أطلق اليمين ولم يقيدها، والاحتجاج بهذا أولى من المصير إلى ما خولف فيه القياس وترك العمل به

وأما حديثهم فليس فيه دليل على مشروعية اليمين عند المنبر انما فيه تغليظ اليمين على الحالف عنده ولا يلزم من هذا الاستحلاف عنده

وأما قصة مروان فمن العجب احتجاجهم بها وذهابهم الى قول مروان فى قضية خالفه زيد فيها ، وقول زيد فقيه الصحابة وقاضيهم وأفرضهم أحق أن يحتج به من قول مروان ، فإن قول مروان لو انفرد ما جاز الاحتجاج به ، فكيف يجوز الاحتجاج به على مخالفة اجماع الصحابة ؟ وقول أئمتهم وفقهائهم ، ومخالفته فعل النبى صلى الله عليه وسلم واطلاق كتاب الله تعالى . وهذا مالا يجوز ، وانما ذكر الخرقى التغليظ بالمكان واللفظ فى حق الذمى لاستحلاف النبى (ص) اليهود بقوله « نشدتكم بالله الذى أنزل التوراة على موسى » ولقول الله تعالى فى حق الكتابيين (تحبسونهما من بعد الصلاة) ولأنه روى عن كعب بن سور فى نصرانى قال : اذهبوا به الى المذبح واجعلوا الإنجيل فى حجره والتوراة على رأسه

وقال الشعبى فى نصرانى : اذهب به الى البيعة فاستحلفه بما يستحلف به مثله .

وقال ابن المنذر . لا أعلم حجة توجب أن يستحلف فى مكان بعينه ولا بيمين غير الذى يستحلف بها المسلمون ، وعلى كل حال فلا خلاف بين أهل العلم فى أن التغليظ بالزمان والمكان والألفاظ غير واجب الا أن ابن الصباغ ذكر أن فى وجوب

التغليظ بالمكان قولين للشافعي ، وخالفه ابن العاص فقال: لاخلاف بين أهل العلم في ان القاضي حيث استحلف المدعى عليه في عمله وبلد قضائه جاز ، وإنما التغليظ بالمكان فيه اختيار فيكون التغليظ عند من رآه اختياراً واستحسانا .

(فصل) قال ابن المنذر : ولم نجد أحدا يوجب اليمين بالمصحف ؛ وقال الشافعي رأيتهم يؤكدون بالمصحف ورأيت ابن مازن وهو قاض بصنعاء يغلظ اليمين بالمصحف قال أصحابه فيغلظ عليه بإحضار المصحف لانه يشتمل على كلام الله تعالى وأسمائه ، وهذا زيادة على ما أمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم في اليمين وفعله الخلفاء الراشدون وقضاتهم من غير دليل ولا حجة يستند اليها ، ولا يترك فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه لفعل ابن مازن ولا غيره .

« مسألة » قال (ويحلف الرجل فيما عليه على البت ويحلف الوارث على دين الميت على العلم)

معنى البت القطع ، أي يحلف بالله ما له علي شيء . وجملة الأمر أن الأيمان كلها على البت والقطع الا على نفي فعل الغير فإنها على نفي العلم . وبهذا قال أبو حنيفه ومالك والشافعي .

وقال الشعبي والنخعي كلها على العلم . وذكره ابن أبي موسى رواية عن أحمد وذكر احمد حديث الشيباني عن القاسم بن عبد الرحمن عن النبي صلى الله عليه وسلم «لا تضطروا الناس في أيمانهم ان يحلفوا على ما لا يعلمون » ولأنه لا يكلف ما لا علم له به ، وقال ابن أبي ليلى : كلها على البت كما يحلف على فعل نفسه

ولنا حديث ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم استحلف رجلا فقال له : قل والله الذي لا اله الا هو ماله عليك حق » وروى الاشعث بن قيس « ان رجلا من كندة ورجلا من حضرموت اختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم في أرض من اليمن ، فقال الحضرمي يارسول الله ان أرضي اغتصبنيها أبو هذا وهي في يده ، قال : هل لك بينة ؟ قال لا ولكن أحلفه والله العظيم ما يعلم أنها أرضي اغتصبنيها أبوه فتهيأ الكندي لليمين » رواه ابو داود ولم ينكر ذلك النبي صلى الله عليه وسلم وما ذكروه لا يصح لأنه يمكنه الإحاطة بفعل نفسه ولا يمكنه ذلك في

فعل غيره فافترقا فى اليمين كما افترقت الشهادة فأنها تكون بالقطع فيما يمكن القطع فيه من العقود وعلى الظن فيما لا يمكن فيه القطع من الأملاك والانساب وعلى نفى العلم فيما لا تمكن الاحاطة بانتفائه كالشهادة على أنه لا وارث له غير فلان وفلان وحديث القاسم بن عبد الرحمن محمول على اليمين على نفى فعل الغير .

اذا ثبت هذا فانه يحلف فيما عليه على البت نفيا كان او اثباتاً ؛ وأما ما يتعلق بفعل غيره فان كان اثباتا مثل ان يدعى أنه أقرض او باع ويقيم شاهداً بذلك فانه يحلف مع شاهده على البت والقطع .

وان كان على نفى العلم مثل ان يدعى عليه دين او غصب او جناية ، فانه يحلف على نفى العلم لاغير ، وان حلف عليه على البت كفاه وكان التقدير فيه العلم كما فى الشاهد اذا شهد بعدد الورثه وقال : ليس له وارث غيرهم سمع ذلك . وكان التقدير فيه علمه ، ولو ادعى عليه ان عبده جنى او استدان فأنكر ذلك فيمينه على نفى العلم لأنها يمين على نفى فعل الغير فأشبهت يمين الوارث على نفى الموروث .

(فصل) قال ابن أبى موسى : اختلف قول أحمد فيمن باع سلعة وظهر المشترى على عيب بها وأنكره البائع هل اليمين على البتات او على علمه ؟ على روايتين ، ولو أبق عند المشترى فادعى على البائع انه أبق عنده فأنكر هل يلزمه ان يحلف انه لم يأبق قط او على نفى علمه ؟ على روايتين الا ان يكون ولده فيحلف أنه لم يأبق قط .

ووجه كون اليمين على علمه أنها على نفى فعل الغير ، فأشبه ما لو ادعى عليه ان عبده جنى ، ووجه الاخرى انه اذا ادعى عليه انه باعه معيبا يستحق به رده عليه فلزمته اليمين على البت كما لو كان اثباتا

(فصل) ومن توجهت عليه يمين هو فيها صادق او توجهت له أبيح له الحلف ولا شيء عليه من اثم ولا غيره ، لان الله تعالى شرع اليمين ولا يشرع محرما وقد أمر الله تعالى نبيه ان يقسم على الحق فى ثلاثة مواضع من كتابه، وحلف عمر لأبى على نخيل ثم وهبه له ، وقال خفت ان لم أحلف ان يمتنع الناس من الحلف على حقوقهم فتصير سنة

وقال حنبل : بلى أبو عبد الله بنحو هذا ، جاء اليه ابن عمه فقال لى قبلك حق

من ميراث أبي وأطالبك بالقاضي وأحلفك ، فقيل لأبي عبد الله ما ترى ؟ قال أحلف له اذا لم يكن له قبلي حق وأنا غير شاك فى ذلك حلفت له وكيف لا أحلف وابن عمر قد حلف ، وأنا من أنا ، وعزم أبو عبد الله على اليمين فكفاه الله ذلك ورجع الغلام عن تلك المطالبه ، واختلف فى الأولى فقال قوم الحلف أولى من افتداء يمينه لان عمر حلف ، ولأن فى الحلف فائدتين

إحداهما حفظ ماله عن الضياع ، وقد نهى النبي (ص) عن إضاعته

والثانية تخليص أخيه الظالم من ظلمه وأكل المال بغير حقه وهذا من نصيحته ونصرته بكفه عن ظلمه ، وقد أشار النبي صلى الله عليه وسلم على رجل أن يحلف ويأخذ حقه . وقال أصحابنا : الأفضل افتداء يمينه ، فإن عثمان افتدى يمينه وقال : خفت أن تصادف قدراً فيقال حلف فعوقب ، أو هذا شؤم يمينه

وروى الخلال بإسناده أن حذيفة عرف جملا سرق له ، فخاصم فيه الى قاضي المسلمين فصارت اليمين على حذيفة فقال لك عشرة دراهم فأبى فقال لك عشرون فأبى فقال لك ثلاثون فأبى فقال لك أربعون فأبى فقال حذيفة أتراني أترك جملي؟ فحلف بالله أنه له ما باع ولا وهب ، ولأن فى اليمين عند الحاكم تبذلا ولا يأمن أن يصادف قدراً فينسب الى الكذب وأنه عوقب بحلفه كاذبا وفى ذهاب ماله له أجر وليس هذا تضييعا للمال فإن أخاه المسلم ينتفع به فى الدنيا ويغرمه له فى الآخرة

وأما عمر فإنه خاف الاستنان به وترك الناس الحلف على حقوقهم فيدل على أنه لولا ذلك لما حلف . وهذا أولى والله أعلم

فصل

فأما الحلف الكاذب ليقتطع به مال أخيه ففيه إثم كبير . وقد قيل انه من الكبائر لأن الله تعالى وعد عليه العذاب الأليم فقال سبحانه (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم فى الآخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا يزكيهم ولهم عذاب أليم)

قال الأشعث بن قيس : نزلت هذه الآية كان لى بئر فى أرض ابن عم لى فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال « بينتك أو يمينه » قلت إذاً يحلف عليها ، فقال

رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين هو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرىء مسلم لقي الله وهو عليه غضبان » أخرجه البخاري

وروى ابن مسعود قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرىء مسلم هو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان » متفق عليه . وقال النبي صلى الله عليه وسلم في حديث الكندي « لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض » وهو حديث حسن صحيح ، وقد روى في حديث أن يمين الغموس تذر الديار بلاقع ، ويستحب للحاكم أن يخوف المدعى عليه من اليمين الفاجرة ويقرأ عليه الآية والأخبار

(فصـــل)

ومن ادعى عليه دين وهو معسر به لم يحل له أن يحلف أنه لا حق له على . وبهذا قال المزني .

وقال أبو ثور : له ذلك لأن الله تعالى قال (وان كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة) ولأنه لا يستحق مطالبته به في الحال ولا يجب عليه أداؤه اليه .

ولنا أن الدين في ذمته وهو حق له عليه ولو لم يكن عليه حق لم يجب إنظاره به .

(فصـل) ويمين الحالف على حسب جوابه ، فإذا ادعى عليه انه غصبه أو استودعه وديعة أو اقترض منه نظرنا في جواب المدعى عليه فإن قال ما غصبتك ولا استودعتني ولا أقرضتني كلف أن يحلف على ذلك ، فإن قال ما لك على حق أو لا تستحق على شيئا ، أو لا تستحق على ما ادعيته ولا شيئا منه كان جوابا صحيحا ولا يكلف الجواب عن الغصب والوديعة والقرض لأنه يجوز أن يكون غصب منه ثم رده عليه ، فلو كلف جحد ذلك كان كاذبا وان أقر به ثم ادعى الرد لم يقبل منه فإذا طلب منه اليمين حلف على حسب ما أجاب

ولو ادعى انى ابتعت منك الدار التي في يدك فأنكره وطلب يمينه نظرنا في جوابه فان أجاب بأنك لا تستحقها حلف على ذلك ولم يلزمه أن يحلف انه ما ابتاعها لانه قد يبتاعها منه ثم يردها عليه ، وان اجاب بأنك لم تبتعها مني حلف على ذلك .

قال احمد في رجل ادعى على رجل انه أودعه فأنكره هل يحلف ما أودعتني ؟

قال إذا حلف ما لك عندى شيء ولا لك فى يدى شيء فهو يأتى على ذلك ، وهذا يدل على أنه لا يلزمه الحلف على حسب الجواب وأنه متى حلف ما لك قبلى حق برىء بذلك ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين

(فصل) ولا تدخل اليمين النيابة ولا يحلف أحد عن غيره ، فلو كان المدعى عليه صغيراً أو مجنونا لم يحلف عنه ووقف الأمر حتى يبلغ الصبى ويعقل المجنون ولم يحلف عنه وليه ، ولو ادعى الأب لابنه الصغير حقا أو ادعاه الوصى أو الأمين له فأنكر المدعى عليه فالقول قوله مع يمينه فإن نكل قضى عليه ، ومن لم ير القضاء بالنكول ورأى رد اليمين على المدعى لم يحلف الولى عنهما ، ولكن تقف اليمين ويكتب الحاكم محضراً بنكول المدعى عليه ، وإن ادعى على العبد دعوى نظرت فإن كانت مما يقبل قول العبد فيها على نفسه كالقصاص والطلاق والقذف فالخصومة معه دون سيده .

فإن قلنا إن اليمين تشرع فى هذا أحلف العبد دون سيده وإن نكل لم يحلف غيره ، وان كان مما لا يقبل قول العبد فيه كإتلاف مال أو جناية توجب المال فالخصم السيد واليمين عليه ولا يحلف العبد فيها بحال

(فصل) وإذا نكل من توجهت عليه اليمين عنها وقال لى بينة أقيمها أو حساب استثبته لأحلف على ما أتيقن ، فذكر أبو الخطاب أنه لا يمهل ، وان لم يحلف جعل ناكلا .

وقيل لا يكون ذلك نكولا ويمهل مدة قريبة ، وان قال ما أريد أن أحلف أو سكت فلم يذكر شيئا نظرنا فى المدعى فإن كان مالا أو المقصود منه المال قضى عليه بنكوله ولم ترد اليمين على المدعى ، نص عليه أحمد فقال أنا لا أرى رد اليمين ان حلف المدعى عليه والا دفع اليه حقه ، وبهذا قال أبو حنيفة

واختار أبو الخطاب أن له رد اليمين على المدعى ان ردها حلف المدعى وحكم له بما ادعاه . قال وقد صوبه أحمد فقال : ما هو ببعيد يحلف ويستحق . وقال هو قول أهل المدينة . روى ذلك عن على رضى الله عنه ، وبه قال شريح والشعبى والنخعى وابن سيرين ومالك فى المال خاصة ، وقاله الشافعى فى جميع

الدعاوى لما روى عن نافع عن ابن عمر ، أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق ، رواه الدارقطني ، ولأنه اذا نكل ظهر صدق المدعي وقوى جانبه فتشرع اليمين في حقه كالمدعى عليه قبل نكوله ، وكالمدعي اذا شهد له شاهد واحد ولأن النكول قد يكون لجهله بالحال وتورعه عن الحلف على مالا يتحققه أو للخوف من عاقبة اليمين أو ترفعا عنها مع علمه بصدقه في إنكاره ولا يتعين بنكوله صدق المدعي فلا يجوز الحكم له من غير دليل ، فإذا حلف كانت يمينه دليلا عند عدم ماهو أقوى منها كما في موضع الوفاق . وقال ابن أبي ليلى : لا أدعه حتى يقر أو يحلف

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على جانب المدعى عليه » فحصرها في جانب المدعى عليه ، وقوله « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » فجعل جنس اليمين في جنبة المدعى عليه كما جعل جنس البينة في جنبة المدعي وقال أحمد : قدم ابن عمر الى عثمان في عبد له فقال له : احلف انك ما بعته وبه عيب علمته ، فأبى ابن عمر أن يحلف فرد العبد عليه ولم يرد اليمين على المدعي ولأنها بينة في المال فحكم فيها بالنكول كما لو مات من لا وارث له فوجد الإمام في دفتره دينا له على إنسان فطالبه به فأنكره وطلب منه اليمين فأنكره فإنه لاخلاف أن اليمين لا ترد .

وقد ذكر أصحاب الشافعي في هذا أنه يقضى بالنكول في أحد الوجهين ، وفي الآخر يحبس المدعى عليه حتى يقر أو يحلف . وكذلك لو ادعى رجل على ميت أنه وصى اليه بتفريق ثلثه وأنكر الورثة ونكلوا عن اليمين قضى عليهم ، والخبر لا تعرف صحته ومخالفة ابن عمر له في القصة التي ذكرناها تدل على ضعفه فإنه لم يرد اليمين على المدعي ولا ردها عثمان ، فعلى هذا إذا نكل عن اليمين قال له الحاكم ان حلفت والا قضيت عليك ثلاثا ، فإن حلف والا قضى عليه ، وعلى القول الآخر يقول له . لك رد اليمين على المدعي ، فإن ردها حلف وقضى له ، وان نكل عن اليمين سئل عن سبب نكوله ، فإن قال لي بينة أقيمها أو حساب أستثبته لأحلف على ما أتيقنه أخرت الحكومة . وان قال ما أريد أن أحلف سقط حقه من اليمين ، فلو بذلها في ذلك المجلس بعد هذا لم تسمع منه

الى أن يعود فى مجلس آخر . فإن قيل فالمدعى عليه لو امتنع من اليمين ثم بذلها سمعت منه فلم منعتم سماعها هنا ؟

قلنا اليمين فى حق المدعى عليه هى الأصل فمتى قدر عليها او بذلها وجب قبولها والمصير إليها كالمبدلات مع أبدالها ، وأما يمين المدعى فهى بدل فاذا امتنع منها لم ينتقل الحق إلى غيره ، فاذا امتنع منها سقط حقه منها لضعفها ، وأما إذا حلف وقضى له فعاد المدعى عليه وبذل اليمين لم يسمع منه ، وهكذا لو بذلها بعد الحكم عليه بنكوله لم يسمع لأن الحكم قد تم فلا ينقض كما لو قامت به بينة ، فأما غير المال وما لا يقصد به المال فلا يقضى فيه بالنكول ، نص عليه أحمد فى القصاص .

ونقل عنه فى رجل ادعى على رجل أنه قذفه فقال استحلفوه فان قال لا أحلف أقيم عليه ، قال أبو بكر هذا قول قديم والمذهب أنه لا يقضى فى شيء من هذا بالنكول ولا فرق بين القصاص فى النفس والقصاص فى الطرف ، وبهذا قال أبو يوسف ومحمد

وقال أبو حنيفة: يقضى بالنكول فى القصاص فيما دون النفس وعن أحمد مثله والأول هو المذهب لان هذا أحد نوعى القصاص فأشبه النوع الآخر فعلى هذا ما يصنع به فيه وجهان . أحدهما : يخلى سبيله لأنه لم يثبت عليه حجه وتكون فائدة شرعية اليمين الردع والزجر . والثانى: يحبس حتى يقر او يحلف ، وأصل الوجهين المرأة اذا نكلت عن اللعان .

(فصـــل) واذا حلف فقال ان شاء الله تعالى أعيدت عليه اليمين لان الاستثناء يزيل حكم اليمين وكذلك ان وصل يمينه بشرط او كلام غير مفهوم ، وان حلف قبل ان يستحلفه الحاكم أعيدت عليه ولم يعتد بإحلاف قبل الاستحلاف وكذلك ان استحلفه الحاكم قبل ان يسأله المدعى استحلافه لم يعتد بها .

(فصل) ولو ادعى على رجل ديناً او حقا فقال : قد أبرأتنى منه او استوفيته منى فالقول قول من ينكر الابراء والاستيفاء مع يمينه ويكفيه ان يحلف بالله ان هذا الحق ويسميه تسمية يصير بها معلوما ما برئت ذمتك منه ولا من شيء منه او ما برئت ذمتك من ذلك الحق ولا من شيء منه وان ادعى استيفاءه او البراءة بجهة معلومة حلف على تلك الجهة وحدها وكفاه

(فصل) والحقوق على ضربين : أحدهما ، ماهو حق لآدمى .

والثاني : ماهو حق لله تعالى لحق الآدمي ينقسم قسمين

أحدهما ماهو مال او مقصود منه المال فهذا تشرع فيه اليمين بلا خلاف بين أهل العلم فاذا لم تكن للمدعي بينة حلف المدعى عليه وبرىء وقد ثبت هذا في قصة الحضرمي والكندي اللذين اختلفا في الأرض وعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه »

القسم الثاني : ما ليس بمال ولا المقصود منه المال وهو كل مالا يثبت إلا بشاهدين كالقصاص وحد القذف والنكاح والطلاق والرجعة والعتق والنسب والاستيلاد والولاء والرق ففيه روايتان

إحداهما لا يستحلف المدعى عليه ولا تعرض عليه اليمين : قال أحمد لم أسمع من مضى جوزوا الأيمان إلا في الأموال والعروض خاصه وهذا قول مالك ونحوه قول أبي حنيفة فانه قال لا يستحلف في النكاح وما يتعلق به من دعوى الرجعة والفيئة في الإيلاء ولا في الرق وما يتعلق به من الاستيلاد والولاء والنسب لان هذه الاشياء لا يدخلها البدل وإنما تعرض اليمين فيما يدخله البدل فان المدعى عليه مخير بين ان يحلف او يسلم ولان هذه الاشياء لا تثبت الا بشاهدين ذكرين فلا تعرض فيها اليمين كالحدود

والرواية الثانية : يستحلف في الطلاق والقصاص والقذف وقال الخرقي اذا قال ارتجعتك فقالت انقضت عدتي قبل رجعتك فالقول قولها مع يمينها ، واذا اختلفا في مضى الاربعة أشهر فالقول قوله مع يمينه فيخرج من هذا أنه يستحلف في كل حق لآدمي وهذا قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد لقول النبي صلى الله عليه وسلم « لو يعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه» أخرجه مسلم وهذا عام في كل مدعى عليه وهو ظاهر في دعوى الدماء لذكرها في الدعوى مع عموم الاحاديث ولانها دعوى صحيحة في حق الادمي فجاز ان يحلف فيها المدعى عليه كدعوى المال

الضرب الثاني : حقوق الله تعالى وهي نوعان

أحدهما : الحدود فلا تشرع فيها يمين ولا نعلم في هذا خلافا لانه لو أقر ثم رجع عن اقراره قبل منه وخلي من غير يمين فلأن لا يستحلف مع عدم الاقرار

أولى ، ولأنه يستحب ستره والتعريض للمقر به بالرجوع عن إقراره وللشهود بترك الشهادة والستر عليه قال النبي صلى الله عليه وسلم لهزال في قصة ماعز « ياهزال لو سترته بثوبك لكان خيراً لك » فلا تشرع فيه يمين بحال .

النوع الثاني : الحقوق المالية كدعوى الساعي الزكاة على رب المال وأن الحول قد تم وكمل النصاب ، فقال أحمد القول قول رب المال من غير يمين ولا يستحلف الناس على صدقاتهم . وقال الشافعي وأبو يوسف ومحمد : يستحلف لأنها دعوى مسموعة أشبه حق الآدمي .

ولنا أنه حق لله تعالى أشبه الحد ، ولأن ذلك عبادة فلا يستحلف عليها كالصلاة ، ولو ادعى عليه أن عليه كفارة يمين أو ظهار أو نذر صدقة أو غيرها فالقول قوله في نفي ذلك من غير يمين ولا تسمع الدعوى في هذا ولا في حد لله تعالى لأنه لا حق للمدعي فيه ولا ولاية له عليه فلا تسمع منه دعواه كما لو ادعى حقاً لغيره من غير إذنه ولا ولاية له عليه ، فإن تضمنت دعواه حقاً له مثل أن يدعي سرقة ماله ليضمن السارق أو يأخذ منه ما سرقه أو يدعي عليه الزنا بجاريته ليأخذ مهرها منه سمعت دعواه ويستحلف المدعى عليه لحق الآدمي دون حق الله تعالى

« مسألة » قال (وإذا شهد من الأربعة اثنان أن هذا زنى بها في هذا البيت وشهد الآخران أنه زنى بها في البيت الآخر فالأربعة قذفة وعليهم الحد)

وجملته أن من شرط صحة الشهادة على الزنا اجتماع الشهود الأربعة على فعل واحد ، فإن لم يجتمعوا لم تكمل الشهادة وكان الجميع قذفة وعليهم الحد ، فإذا شهد اثنان انه زنى بها في هذا البيت وإثنان انه زنى بها في بيت آخر فما اجتمعوا على الشهادة بزنا واحد ، لأن الزنا في هذا البيت غير الزنا في الآخر فلم تكمل شهادتهم ويحدون حد القذف ، وبهذا قال مالك والشافعي في أحد قوليه

وقال أبو بكر : تكمل شهادتهم ويحد المشهود عليه ، واستبعده أبو الخطاب وقال هذا سهو من الناقل لأنه يخالف الاصول والإجماع والحد يدرأ بالشبهات فكيف يجب بها ؟

وقال النخعي وأصحاب الرأي وأبو ثور والشافعي في قول : لا حد على الشهود

لانهم كانوا أربعة ولا على المشهود عليه لانهم لم يشهدوا بزنا واحد يجب الحد به

ولنا أنهم لم يشهدوا بزنا واحد فلزمهم الحد كما لو شهد اثنان انه زنى بامرأة واثنان انه زنى بغيرها ، ولأنه لا يخلو من أن تكون شهادتهم بزنا واحد أو باثنين ، فإن كانت بفعل واحد مثل أن يعين الجميع وقتاً واحداً لا يمكن زناه فيه فى الموضعين فإثنان منهم كاذبان يقينا واثنان منهم لو خلوا عن المعارضة لشهادتهم لكانا قذفة فمع التعارض أولى ، وان كانت شهادتهم بفعلين كانوا قذفة كما لو عينوا فى شهادتهم انه زنى مرة أخرى ، وما ذكروه يبطل بالاصل الذى ذكرناه

(فصــــل)

وكذلك كل شهادة على فعلين ، مثل أن يشهد اثنان انه زنى بامرأة وآخران انه زنى بأخرى ، أو يشهدان انه زنى بها فى يوم وآخران انه زنى بها فى آخر أو يشهدان انه زنا بها ليلا وآخران انه زنى بها نهاراً أو يشهدان انه زنى بها غدوة ويشهد آخران انه زنى بها عشياً ، وأشباه هذا فانهم قذفة فى هذه المواضع وعليهم الحد لما ذكرناه .

فان شهد اثنان انه زنى بها فى زاوية بيت وشهد آخران انه زنى بها فى زاوية منه أخرى وكانتا متباعدتين فالحكم فيه كما ذكرنا وقال أبو حنيفة تقبل شهادتهم ويحد المشهود عليه استحسانا ؛ وهو قول أبى بكر

ولنا أنهما مكانان لا يمكن وقوع الفعل الواحد فيهما ولا يصح نسبته اليهما فأشبها البيتين . وأما ان كانتا متقاربتين تمكن نسبته الى كل واحدة منهما لقربه منها كملت الشهادة لإمكان صدقهم فى نسبته الى الزاويتين جميعا

(فصل) ومتى كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان فى زمنه أو مكانه أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما ، مثل ان يشهد أحدهما انه غصبه دينارا يوم السبت ويشهد الاخر انه غصبه دينارا يوم الجمعة أو يشهد أحدهما انه غصبه بدمشق ويشهد الاخر انه غصبه بمصر، او يشهد احدهما انه غصبه ديناراً ويشهد الاخر انه غصبه ثوبا فلا تكمل الشهادة لان كل فعل لم يشهد به شاهدان ، وهكذا ان اختلفا فى زمن القتل او مكانه او صفته او فى شرب الخمر او القذف لم تكمل الشهادة ، لأن ما شهد به احد الشاهدين غير الذى شهد به الاخر فلم يشهد

بكل واحد من الفعلين إلا شاهد واحد فلم يقبل إلا على قول أبي بكر ، فإن هذه الشهادة لم تكمل ويثبت المشهود به إذا اختلفا في الزمان والمكان

فأما ان اختلفا فى صفة الفعل فشهد أحدهما أنه سرق مع الزوال كيسا أبيض وشهد آخر أنه سرق مع الزوال كيسا أسود ، أو شهد أحدهما أنه سرق هذا الكيس غدوة وشهد الاخر انه سرقه عشياً لم تكمل الشهادة . ذكره ابن حامد . وقال أبو بكر تكمل ، والأول أصح لأن كل فعل لم يشهد به إلا واحد على ماقدمناه

وإن اختلفا فى صفة المشهود به اختلافا يوجب تغيرهما ، مثل أن يشهد أحدهما بثوب والاخر بدينار فلا خلاف فى أن الشهادة لا تكمل لأنه لا يمكن إيجابهما جميعا لانه يكون إيجابا بالحق عليه بشهادة واحد ، ولا إيجاب أحدهما بعينه لأن الاخر لم يشهد به وليس أحدهما أولى من الاخر

فأما إن شهد بكل فعل شاهدان واختلفا فى الزمان أو المكان أو الصفة ثبتا جميعا لأن كل واحد منهما قد شهدت به بينة عادلة لو انفردت أثبتت الحق وشهادة الأخرى لا تعارضها لإمكان الجمع بينهما ، الا أن يكون الفعل مما لا يمكن تكرره كقتل رجل بعينه ، فتتعارض البينتان لعلمنا أن إحداهما كاذبة ، ولا نعلم أيتهما هى بخلاف ما يتكرر ، ويمكن صدق البينتين فيه فانهما جميعا يثبتان ان ادعاهما وان لم يدع إلا إحداهما ثبت له ما ادعاه دون ما لم يدعه .

وإن شهد اثنان أنه سرق مع الزوال كيسا أسود وشهد آخران انه سرق مع الزوال كيسا أبيض أو شهد اثنان انه سرق هذا الكيس غدوة وشهد آخران انه سرقه عشيا فقال القاضى يتعارضان ، وهو مذهب الشافعى كما لو كان المشهود به قتلا والصحيح أن هذا لا تعارض فيه لانه يمكن صدق البينتين بأن يسرق عند الزوال كيسين أبيض وأسود فتشهد كل بينة بأحدهما ، ويمكن ان يسرق كيسا غدوة ثم يعود إلى صاحبه أو غيره فيسرقه عشيا ، ومع إمكان الجمع لا تعارض

فعلى هذا ان ادعاهما المشهود له ثبتا له فى الصورة الاولى . وأما فى الصورة

الثانية فيثبت له الكيس المشهود به حسب، فان المشهود به وان كان فعلين لكنهما فى محل واحد فلا يجب أكثر من ضمانه، وان لم يدع المشهود له الا أحد الكيسين ثبت له ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه .

وإن شهد له شاهد بسرقة كيس فى يوم وشهد آخر بسرقة كيس فى يوم آخر أو شهد أحدهما فى مكان وشهد آخر بسرقة فى مكان آخر ، أو شهد أحدهما بغصب كيس أبيض وشهد آخر بغصب كيس أسود فادعاهما المشهود له فله أن يحلف مع كل واحد منهما ويحكم له به لأنه مال قد شهد له به شاهد ، وان لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه ولم يثبت له الاخر لعدم دعواه إياه

(فصل)

فأما الشهادة على الاقرار ، مثل ان يشهد أحدهما انه أقر عندى يوم الخميس بدمشق انه قتله او قذفه او غصبه كذا او ان له فى ذمته كذا ويشهد آخر انه أقر عندى بهذا يوم السبت بحمص كملت شهادتهما . وبهذا قال ابو حنيفة والشافعى . وقال زفر : لا تكمل شهادتهما لأن كل إقرار لم يشهد به إلا واحد فلم تكمل الشهادة فأشبه الشهادة على الفعل

ولنا أن المقر به واحد وقد شهد اثنان بالاقرار به فكملت شهادتهما كما لو كان الاقرار بهما واحداً ، وفارق الشهادة على الفعل فان الشهادة فيها على فعلين مختلفين فنظيره من الاقرار ان يشهد أحدهما انه أقر عندى انه قتله فى يوم الخميس وشهد الآخر انه أقر انه قتله يوم الجمعة فان شهادتهما لا تقبل ههنا .

ويحقق ما ذكرناه انه لا يمكن جمع الشهود لسماع الشهادة فى حق كل واحد ، والعادة جارية بطلب الشهود فى أماكنهم لا فى جمعهم الى المشهود له فيمضى اليهم فى أوقات متفرقة وأماكن مختلفة فيشهدهم على إقراره . وان كان الاقرار على فعلين مختلفين مثل ان يقول احدهما اشهد انه اقر عندى انه قتله يوم الخميس وقال الآخر اشهد انه اقر عندى انه قتله يوم الجمعة او قال احدهما اشهد انه اقر عندى انه قذفه بالعربية ، وقال الاخر اشهد انه اقر عندى انه قذفه بالعجمية لم تكمل الشهادة لأن الذي شهد به احدهما غير الذي شهد به صاحبه فلم تكمل الشهادة ، كما لو شهد

أحدهما انه أقر انه غصبه دنانير ، وشهد الاخر انه أقر انه غصبه دراهم لم تكمل الشهادة ، وعلى قول أبي بكر تكمل الشهادة فى القتل والقذف ، لأن القذف بالعربيه او العجمية ، والقتل بالبصرة أو الكوفة ليس من المقتضى فلا يعتبر فى الشهادة ولم يؤثر والأول أصح

(فصل) فإن شهد أحدهما أنه باع أمس وشهد الاخر أنه باع اليوم ، او شهد أحدهما أنه طلقها أمس وشهد الاخر انه طلقها اليوم فقال أصحابنا : تكمل الشهادة وقال الشافعي لا تكمل . لان كل واحد من البيع والطلاق لم يشهد به إلا واحد أشبه ما لو شهد بالغصب فى وقتين .

ووجه قول أصحابنا : ان المشهود به شيء واحد يجوز ان يعاد مرة بعد أخرى ويكون واحداً فاختلافهما فى الوقت ليس باختلاف فيه فلم يؤثر كما لو شهد أحدهما بالعربية والاخر بالفارسية .

(فصل) وكذلك الحكم فى كل شهادة على قول فالحكم فيه كالحكم فى البيع إلا النكاح فانه كالفعل الواحد . فاذا شهد أحدهما أنه تزوجها أمس وشهد الاخر أنه تزوجها اليوم لم تكمل الشهادة فى قولهم جميعا ، لان النكاح أمس غير النكاح اليوم فلم يشهد بكل واحد من العقدين الا شاهد واحد فلم يثبت كما لو كانت الشهادة على فعل وكذلك القذف فانه لا تكمل الشهادة إلا ان يشهدا على قذف واحد .

(فصل) فان شهد أحدهما انه غصب هذا العبد وشهد الاخر انه أقر بغصبه منه كملت الشهادة وحكم بها ، لانه يجوز ان يكون الغصب الذى أقر به هو الذى شهد الشاهد به فلم يختلف الفعل وكملت الشهادة كما لو شهدا فى وقتين على إقراره بالغصب ، وقال القاضي لاتكمل الشهادة ولا يحكم بها وهو قول الشافعي لانه يجوز ان يكون ماأقر به غير ماشهد به الشاهد ، وهذا يبطل بالشهادة على اقرارين ، فانه يجوز ان يكون ماأقر به عند احد الشاهدين غير ما اقر به عند الاخر اذا كانا فى وقتين مختلفين ولانه اذا امكن جعل الشهادة على واحد لم تحمل على اثنين كالإقرارين وكما لو شهد بالغصب اثنان وشهد على الاقرار به اثنان

وان شهد احدهما انه غصب هذا العبد من زيد او انه اقر بغصبه منه وشهد الاخر انه ملك زيد لم تكمل شهادتهما لانهما لم يشهدا على شيء واحد ، وان شهد انه

أخذه من يديه ألزمه الحاكم رده الى يديه لان اليد دليل الملك فترد الى يده لتكون دلالتها ثابتة له

قال مهنا : سألت أبا عبد الله عن رجل ادعى داراً فى يد رجل وأقام شاهدين شهد أحدهما ان هذه الدار لفلان وقال الاخر أشهد ان هذه الدار دار فلان ، قال شهادتهما جائزة .

(فصل) ومن شهد بالنكاح فلا بد من ذكر شروطه لأن الناس يختلفون فى شروطه فيجب ذكرها لئلا يكون الشاهد يعتقد ان النكاح صحيح وهو فاسد، وان شهد بعقد سواه كالبيع والإجارة . فهل يشترط ذكر شروطه ؟ على روايتين .

إحداهما : يشترط ذكرها لان الناس يختلفون فى شروطه فاشترط ذكرها كالنكاح . والثانية : لا يشترط ذكر شروطه لانه لا يشترط ذكرها فى الدعوى فكذلك فى الشهادة به بخلاف النكاح وان شهد بالرضاع فلا بد من ذكر انه شرب من ثديها او من لبن حلب منه وعدد الرضعات لان الناس يختلفون فى عدد الرضعات وفى الرضاع المحرم .

وان شهد انه ابنها من الرضاع لم يكف لاختلاف الناس فيما يصير به ابنها ولا بد من ذكر ان ذلك كان فى الحولين ، وان شهد بالقتل فلا بد من وصف القتل فيقول جرحه فقتله او ضربه بكذا فقتله ، ولو قال ضربه فمات لم يحكم بذلك لجواز ان يكون مات بغير هذا

وقد روى عن شريح انه شهد عنده رجل فقال اشهد انه اتكأ عليه بمرفقه فمات فقال له شريح : فمات منه او فقتله ؟ فأعاد القول الاول وأعاد عليه شريح سؤاله فلم يقل فقتله ولا فمات منه ، فقال له شريح قم فلا شهادة لك : رواه سعيد .

ومن شهد بالزنا فلا بد من ذكر الزانى والمزنى بها ومكان الزنا وصفته ؛ لان اسم الزنا يطلق على مالا يوجب الحد ، وقد يعتقد الشاهد ما ليس بزنا زنا، فاعتبر ذكر صفته ليزول الاحتمال ، واعتبر ذكر المرأة لئلا تكون ممن تحل له او له فى وطئها شبهة وذكر المكان لئلا تكون الشهادة منهم على فعلين

ومن أصحابنا من قال : لا يحتاج الى ذكر المزنى بها ولا ذكر المكان لانه محل للفعل فلم يعتبر ذكره كالزمان ، وإن شهد بالسرقة فلا بد من ذكر سرقة

نصاب من الحرز وذكر المسروق منه وصفة السرقة وان شهد بالقذف فلا بد من ذكر المقذوف وصفة القذف وان شهد بمال احتاج الى تحريره بمثل ما ذكرنا فى الدعوى وان ترك الشاهد ذكر شيء يحتاج الى ذكره سأله الحاكم عنه كما سأل شريح الشاهد الذى شهد عنده أنه اتكأ عليه بمرفقه حتى مات ، وإن حرر المدعى دعواه أو حرر أحد الشاهدين شهادته وشهد بها وقال الآخر أشهد بمثل ذلك ، أو قال حين حرر المدعى دعواه أشهد بذلك أو بهذا أجزأه

« مسألة » قال (ولو جاء أربعة متفرقون والحاكم جالس فى مجلس حكمه لم يقم، قبل شهادتهم وإن جاء بعضهم بعد أن قام الحاكم كانوا قذفة وعليهم الحد)

هذه المسألة قد ذكرناها فى كتاب الحدود بما أغنى عن إعادتها هنا .

« مسألة » قال (ومن حكم بشهادتهما بجرح أو قتل ثم رجعا وقالا عمدنا اقتص منهما ، وإن قالا أخطأنا غرما الدية أو أرش الجرح)

وجملة الأمر أن الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بعد أدائها لم يخل من ثلاثة أحوال : أحدها : أن يرجعوا قبل الحكم بها فلا يجوز الحكم بها فى قول عامة أهل العلم . وحكى عن أبى ثور انه شذ عن أهل العلم وقال يحكم بها لان الشهادة قد أديت فلا تبطل برجوع من شهد بها كما لو رجعا بعد الحكم، وهذا فاسد لأن الشهادة شرط الحكم فإذا زالت قبله لم يجز كما لو فسقا ، ولأن رجوعهما يظهر به كذبهما فلم يجز الحكم بها كما لو شهدا بقتل رجل ثم علم حياته ، ولأنه زال ظنه فى أن ماشهد به حق فلم يجز له الحكم به كما لو تغير اجتهاده ، وفارق ما بعد الحكم فإنه تم بشرطه ولأن الشك لا يزيل ما حكم به كما لو تغير اجتهاده

الحال الثانى : أن يرجعا بعد الحكم وقبل الاستيفاء فينظر فإن كان المحكوم به عقوبة كالحد والقصاص لم يجز استيفاؤه لأن الحدود تدرأ بالشبهات ورجوعهما من أعظم الشبهات ، ولأن المحكوم به عقوبة ولم يتعين استحقاقها ولا سبيل الى جبرها فلم يجز استيفاؤها كما لو رجعا قبل الحكم ، وفارق المال فإنه يمكن جبره بالزام الشاهدين عوضه ، والحد والقصاص لا ينجبر بإيجاب مثله على الشاهدين ،

لأن ذلك ليس بجبر ولا يحصل لمن وجب له منه عوض وإنما شرع للزجر والتشفى والانتقام لا للجبر .

فإن قيل فقد قلتم إنه إذا حكم بالقصاص ثم فسق الشاهدان استوفى فى أحد الوجهين . قلنا الرجوع أعظم فى الشبهة من طريان الفسق لأنهما يقران أن شهادتهما زور وأنهما كانا فاسقين حين شهدا وحين حكم الحاكم بشهادتهما ، وهذا الذى طرأ فسقه لا يتحقق كون شهادته كذباً ولا أنه كان فاسقا حين أدى الشهادة ولا حين الحكم بها ، ولهذا لو فسق بعد الاستيفاء لم يلزمه شيء والراجعان تلزمهما غرامة ما شهدا به فافترقا

وإن كان المشهود به مالا استوفى ولم ينقض حكمه فى قول أهل الفتيا من علماء الأمصار . وحكى عن سعيد بن المسيب والأوزاعى أنهما قالا ينقض الحكم وان استوفى الحق لأن الحق ثبت بشهادتهما ، فإذا رجعا زال ما ثبت به الحكم فنقض الحكم كما لو تبين أنهما كانا كافرين .

ولنا أن حق المشهود له وجب له فلا يسقط بقولهما كما لو ادعياه لأنفسهما . يحقق هذا أن حق الانسان لا يزول الا ببينة أو اقرار ورجوعهما ليس بشهادة ، ولهذا لا يفتقر الى لفظ الشهادة ولا هو اقرار من صاحب الحق . وفارق ما اذا تبين أنهما كانا كافرين لاننا تبينا أنه لم يوجد شرط الحكم وهو شهادة العدول ، وفى مسألتنا لم يتبين ذلك بجواز أن يكونا عدلين صادقين فى شهادتهما وانما كذبا فى رجوعهما ، ويفارق العقوبات حيث لا تستوفى فإنها تدرأ بالشبهات

الحال الثالث . أن يرجعا بعد الاستيفاء فإنه لا يبطل الحكم ولا يلزم المشهود له شيء ، سواء كان المشهود به مالا أو عقوبة لان الحكم قد تم باستيفاء المحكوم به ووصول الحق الى مستحقه ويرجع به على الشاهدين ثم ينظر فإن كان المشهود به اتلافا فى مثله القصاص ، كالقتل والجرح ، نظرنا فى رجوعهما فان قالا عمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أو يقطع فعليهما القصاص ، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبى ليلى والاوزاعى والشافعى وأبو عبيد

وقال أصحاب الرأى : لا قود عليهما لأنهما لم يباشرا الاتلاف فأشبها حافر البئر وناصب السكين اذا تلف بهما شيء

ولنا أن عليا رضي الله عنه شهد عنده رجلان على رجل بالسرقة فقطعه، ثم عادا فقالا أخطأنا ليس هذا هو السارق، فقال علي لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ولا مخالف له في الصحابة فيكون اجماعا، ولانهما تسببا الى قتله أو قطعه بما يفضي اليه غالبا فلزمهما القصاص كالمكره، وفارق الحفر ونصب السكين فانه لا يفضي الى القتل غالبا

وقد ذكرنا هذه المسألة في القصاص.

فأما ان قالا عمدنا الشهادة عليه ولا نعلم أنه يقتل بهذا وكانا ممن يجوز أن يجهلا ذلك وجبت الدية في أموالهما مغلظة لانه شبه عمد ولم تحمله العاقلة لانه ثبت باعترافهما والعاقلة لا تحمل اعترافا. وان قال أحدهما عمدت قتله وقال الاخر أخطأت فعلى العامد نصف دية مغلظة وعلى الاخر نصف دية مخففة ولا قصاص في الصحيح من المذهب لانه قتل عمد وخطأ

وان قال كل واحد منهما عمدت وأخطأ صاحبي احتمل أن يجب القصاص عليهما لاعتراف كل واحد منهما بعمد نفسه، واحتمل وجوب الدية لأن كل واحد منهما انما اعترف بعمد شارك فيه مخطئا وهذا لا يوجب القصاص والانسان انما يؤاخذ باقراره لا باقرار غيره، فعلى هذا تجب عليهما دية مغلظة، وان قال أحدهما عمدنا جميعا وقال الاخر عمدت وأخطأ صاحبي فعلى الاول القصاص وفي الثاني وجهان كالتي قبلها

وان قالا جميعا أخطأنا فعليهما الدية مخففة في أموالهما لان العاقلة لا تحمل الاعتراف. وان قال أحدهما عمدنا معاً وقال الاخر أخطأنا معاً، فعلى الأول القصاص وعلى الثاني نصف دية مخففة، لأن كل منهما يؤاخذ بحكم اقراره، وان قال كل واحد منهما عمدت ولا أدري ما فعل صاحبي؟ فعليهما القصاص لإقرار كل واحد منهما بالعمد، ويحتمل أن لا يجب عليهما القصاص، لأن اقرار كل واحد منهما لو انفرد لم يجب عليه قصاص وانما يؤاخذ الانسان باقراره لا باقرار صاحبه، وان قال أحدهما عمدت ولا أدري ما قصد صاحبي سئل صاحبه فاذا قال عمدت ولا أدري ماقصد صاحبي فهي كالتي قبلها، وان قال عمدنا فعليه القصاص وفي الاول وجهان

وإن قالت أخطأت أو أخطأنا فلا قصاص على واحد منهما . وإن جهل حال الآخر بأن يجن أو يموت أو لا يقدر عليه فلا قصاص على المقر وعليه نصيبه من الدية المغلظة .

(فصل) وإن رجع أحد الشاهدين وحده فالحكم فيه كالحكم في رجوعهما في أن الحاكم لا يحكم بشهادتهما إذا كان رجوعه قبل الحكم وفي أنه لا يستوفى العقوبة إذا رجع قبل استيفائها ، لان الشرط يختل برجوعه كاختلاله برجوعهما ، وان كان رجوعه بعد الاستيفاء لزمه حكم اقراره وحده ، فإن أقر بما يوجب القصاص وجب عليه . وان أقر بما يوجب دية مغلظة وجب عليه قسطه منها . وان أقر بالخطأ وجب عليه نصيبه من الدية المخففة ، وان كان الشهود أكثر من اثنين في الحقوق المالية أو القصاص ونحوه مما ثبت بشاهدين أو أكثر من أربعة فرجع الزائد منهم قبل الحكم والاستيفاء لم يمنع ذلك الحكم ولا الاستيفاء ، لانه ما بقي من البينة كاف في اثبات الحكم واستيفائه ، وان رجع بعد الاستيفاء فعليه القصاص ان أقر بما يوجبه أو قسطه من الدية أو من المفوت بشهادتهم ان كان غير ذلك ، وفي ذلك اختلاف سنذكره ان شاء الله تعالى

« مسألة » قال (وان كانت شهادتهما بمال غرماه ولم يرجع به على المحكوم له به سواء كان المال قائما أو تالفا)

أما كونه لا يرجع به على المحكوم له به فلا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا سواء ما حكيناه عن سعيد بن المسيب والاوزاعي ، وقد ذكرنا الكلام معهما فيما مضى . فأما الرجوع به على الشاهدين فهو قول أكثر أهل العلم ، منهم مالك وأصحاب الرأي وهو قول الشافعي القديم

وقال في الجديد : لا يرجع عليهما بشيء الا أن يشهدا بعتق عبد فيضمنا قيمته لانه لم يوجد منهما اتلاف للمال ولا يد عادية عليه فلم يضمنا ، كما لو ردت شهادتهما .

ولنا أنهما أخرجا ماله من يده بغير حق وحالا بينه وبينه فلزمهما الضمان كما لو شهدا بعتقه ولانهما أزالا يد السيد عن عبده بشهادتهما المرجوع عنها فأشبه

ما لو شهدا بحريته ولانهما تسببا الى اتلاف حقه بشهادتهما بالزور عليه فلزمهما الضمان كشاهدى القصاص . يحقق هذا انه اذا ألزمهما القصاص الذى يدرأ بالشبهات فوجوب المال أولى .

وقولهم انهما ما أتلفا المال يبطل بما اذا شهدا بعتقه فإن الرق فى الحقيقة لا يزول بشهادة الزور وانما حالا بين سيده وبينه ، وفى موضع اتلاف المال فهما تسببا الى تلفه فيلزمهما ضمان ما تلف بسببهما كشاهدى القصاص وشهود الزنا وحافر البئر وناصب السكين .

« مسألة » قال ﴿ وان كان المحكوم به عبداً أو أمة غرما قيمته ﴾

أما اذا شهدا بالعبد أو الامة لغير مالكه فالحكم فى ذلك كالحكم فى الشهادة بالمال على ما ذكرنا من الخلاف فيه لانها من جملة المال ، وان شهدا بحريتهما ثم رجعا عن الشهادة لزمهما غرامة قيمتهما لسيدهما بغير خلاف بينهم فيه فإن المخالف فى التى قبلها هو الشافعى وقد وافق ههنا وهو حجة عليه فيما خالف فيه ، فإن إخراج العبد عن يد سيده بالشهادة بحريته كإخراجه عنها بالشهادة به لغير مالكه ، فإذا لزمه الضمان ثم لزمه ههنا وغرما القيمة . لأن العبيد من المتقومات لا من ذوات الامثال

(فصل) وإن شهدا بطلاق امرأة تبين به لحكم الحاكم بالفرقة ثم رجعا عن الشهادة وكان قبل الدخول فالواجب عليهما نصف المسمى ، وبهذا قال أبو حنيفة

وقال الشافعى فى أحد قوليه : يجب مهر المثل لأنهما أتلفا عليه البضع فلزمهما عوضه وهو مهر المثل ، وفى القول الاخر لزمهما نصف مهر المثل لأنه إنما ملك نصف البضع بدليل أنه انما يجب عليه نصف المهر

ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم ، بدليل ما لو أخرجته من ملكه بردتها أو اسلامها أو قتلها نفسها فانها لا تضمن شيئا ، ولو فسخت نكاحها قبل الدخول برضاع من ينفسخ به نكاحها لم يغرم شيئا وانما وجب عليهما نصف المسمى لأنهما ألزماه للزوج بشهادتهما وقرراه عليه فرجع عليهما كما يرجع به على من فسخ نكاحه برضاع أو غيره

وقوله انه ملك نصف البضع غير صحيح فان البضع لا يجوز تمليك نصفه

ولان العقد ورد على جميعه والصداق واجب جميعه ولهذا تملكه المرأة اذا قبضته ونماؤه لها وتملك طلبه اذا لم تقبضه وإنما يسقط نصفه بالطلاق ، وأما إن كان الحكم بالفرقة بعد الدخول فلا ضمان عليهما وبه قال أبو حنيفة، وعن أحمد : رواية أخرى عليهما ضمان المسمى فى الصداق لأنهما فوتا عليه نكاحا وجب عليه به عوض فكان عليهما ضمان ما وجب به كما لو شهدا بذلك قبل الدخول .

وقال الشافعى يلزمهما له مهر المثل لأنهما أتلفا البضع عليه وقد سبق الكلام معه فى هذا ولا يصح القياس على ما قبل الدخول لأنهما قررا عليه نصف المسمى وكان بعرض السقوط وههنا قد تقرر المهر كله بالدخول فلم يقررا عليه شيئاً ولم يخرجا من ملكه متقوما فأشبه ما لو أخرجاه من ملكه بقتلها أو أخرجته هى بردتها

(فصل) وإن شهدا على امرأة بنكاح فحكم به الحاكم ثم رجعا نظرت فإن طلقها الزوج قبل دخوله بها لم يغرما شيئا لانهما لم يفوتا عليهما شيئا وإن دخل بها وكان الصداق المسمى بقدر مهر المثل أو أكثر منه ووصل إليها فلا شيء عليهما لأنها أخذت عوض ما فوتاه عليها وان كان دونه فعليهما ما بينهما وان لم يصل اليها فعليهما ضمان مهر مثلها لأنه عوض مافوتاه عليها

(فصل) وان شهدا بكتابة عبده ثم رجعا نظرت فإن عجز ورد فى الرق فلا شيء عليهما فإن أدى وعتق فعليهما ضمان جميعه لأنهما فوتاه عليه بشهادتهما ويحتمل ان يلزمهما ما بين قيمته وما قبضه من كتابته والأول أولى ، لان ماقبضه من كسب عبده فلا يحسب عليه وإن أراد تغريمهما بشهادتهما ويحتمل ان يلزمهما قبل انكشاف الحال فينبغى ان يغرمهما ما بين قيمته سليما ومكاتبا وان شهدا باستيلاد أمته ثم رجعا فينبغى ان يرجع عليهما بما نقصتها الشهادة من قيمتها وان عتقت بموته رجع الورثة بما بقى من قيمتها .

(فصـــل)

وكل موضع وجب الضمان على الشهود بالرجوع وجب أن يوزع بينهم على عددهم قلوا أو كثروا . قال أحمد فى رواية إسحاق بن منصور إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد أتلف مالا فإنه ضامن بقدر ما كانوا فى الشهادة . فإن كانوا اثنين فعليه النصف ، وان كانوا ثلاثة فعليه الثلث وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر

وسواء رجع وحده او رجعوا جميعا وسواء رجع الزائد عن القدر الكافى فى الشهادة او من ليس بزائد، فلو شهد أربعة بالقصاص فرجع واحد منهم وقال عمدنا قتله فعليه القصاص، وان قال أخطأنا فعليه ربع الدية، وان رجع اثنان فعليهما القصاص او نصف الدية وان شهد ستة بالزنا على محصن فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه القصاص او سدس الدية وان رجع اثنان فعليهما القصاص او ثلث الدية . وبهذا قال أبو عبيد .

وقال أبو حنيفة : ان رجع واحد او اثنان فلا شيء عليهما لأن بينة الزنا قائمة فدمه غير محقون وان رجع ثلاثة فعليهم ربع الدية وان رجع أربعة فعليهم نصف الدية وان رجع خمسة فعليهم ثلاثة أرباعها وان رجع الستة فعلى كل واحد منهم سدسها ومنصوص الشافعى فيما اذا رجع اثنان كمذهب أبى حنيفة واختلف أصحابه فيما اذا شهد بالقصاص ثلاثة فرجع أحدهم فقال أبو إسحاق لا قصاص عليه لأن بينة القصاص قائمة . وهل يجب عليه ثلث الدية ؟ على وجهين

وقال ابن الحداد عليه القصاص وفرق بينه وبين الراجع من شهود الزنا اذا كان زائداً فإن دم المشهود عليه بالزنا غير محقون وهذا دمه محقون وإنما أبيح دمه لولى القصاص وحده ، واختلفوا فيما اذا شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم . على وجهين .

أحدهما : يضمن الثلث . والثانى : لا شيء عليه .

ولنا ان الاتلاف حصل بشهادتهم فالراجع مقر بالمشاركة فيه عمداً عدوانا لمن هو مثله فى ذلك فلزمه القصاص كما لو أقر بمشاركتهم فى مباشرة قتله ولأنه أحد من قتل المشهود عليه بشهادته فأشبه الثانى من شهود القصاص والرابع من شهود الزنا ولأنه أحد من حصل الاتلاف بشهادته فلزمه من الضمان بقسطه كما لو رجع الجميع ولأن ما تضمنه كل واحد مع اتفاقهم على الرجوع يضمنه اذا انفرد بالرجوع كما لو كانوا أربعه .

وقولهم : ان دمه غير محقون غير صحيح فإن الكلام فيما اذا قتل ولم يبق له دم يوصف بحقن ولا عدمه وقيام الشهادة لا يمنع وجوب القصاص كما لو شهدت لرجل باستحقاق القصاص فاستوفاه ثم أقر بأنه قتله ظلما وأن الشهود شهدوا

بالزور ، والتفريق بين القصاص والرجم بكون دم القاتل غير محقون لا يصح لأنه غير محقون بالنسبة إلى من قتله ، ولأن كل واحد مؤاخذ باقراره ولا يعتبر قول شريكه ، ولهذا لو أقر أحد الشريكين بعمدهما ، وقال الآخر أخطأنا وجب القصاص على المقر بالعمد .

(فصل) وإذا حكم الحاكم فى المال بشهادة رجل وامرأتين ثم رجعوا عن الشهادة توزع الضمان عليهم على الرجل نصفه وعلى كل امرأة ربعه ، وإن رجع أحدهم وحده فعليه من الضمان حصته .

وإن كان الشهود رجلا وعشر نسوة فرجعوا فعلى الرجل السدس وعلى كل امرأة نصف السدس ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ، لأن كل امرأتين كرجل فالعشر كخمسة رجال ، ويحتمل أن يجب عليهن النصف وعلى الرجل النصف . وبهذا قال أبو يوسف ومحمد لأن الرجل نصف البينة بدليل أنه لو رجع وحده قبل الحكم كان كرجوعهن كلهن ، فيكون الرجل حزباً والنساء حزباً ، فان رجع بعض النسوة وحده أو الرجل فعلى الراجع مثل ما عليه إذا رجع الجميع ، وعند أبى حنيفة وأصحابه : متى رجع من النسوة ما زاد على اثنين فليس على الراجعات شيء . وقد مضى الكلام معهم فى هذا .

(فصل)

وإذا شهد أربعة بأربعمائة فحكم الحاكم بها ثم رجع واحد عن مائة وآخر عن مائتين والثالث عن ثلاثمائة والرابع عن أربعمائة فعلى كل واحد عما رجع عنه بقسطه فعلى الأول خمسة وعشرون ، وعلى الثانى خمسون ، وعلى الثالث خمسة وسبعون وعلى الرابع مائة ، لان كل واحد منهم مقر بأنه فوت على المشهود عليه ربع مارجع عنه ، ويقتضى مذهب أبى حنيفة أن لا يلزم الراجع عن الثلاثمائة والاربعمائة أكثر من خمسين خمسين لأن المائتين لا تلزم الراجع عن الثلاثمائة ، لان المائتين التى رجعا عنهما قد بقى بها شاهدان .

(فصل) واذا شهد أربعة بالزنا واثنان بالاحصان فرجم ، ثم رجعوا عن الشهادة فالضمان على جميعهم .

وقال أبو حنيفة : لا ضمان على شهود الاحصان لانهم شهدوا بالشرط دون

السبب الموجب للقتل ، وانما يثبت ذلك بشهادة الزنا ، ولأصحاب الشافعى وجهان كالمذهبين . ولنا أن قتله حصل بمجموع الشهادتين فتجب الغرامة على الجميع كما لو شهدوا جميعهم بالزنا ، وفى كيفية الضمان وجهان .

أحدهما : يوزع عليهم على عدد رءوسهم كشهود الزنا لان القتل حصل من جميعهم . والثانى : على شهود الزنا النصف وعلى شهود الاحصان النصف لانهم حزبان فلكل حزب نصف ، فان شهد أربعه بالزنا واثنان منهم بالاحصان ثم رجعوا فعلى الوجه الاول على شاهدى الاحصان الثلثان وعلى الاخرين الثلث لان على شاهدى الاحصان الثلث لشهادتهما به والثلث لشهادتهما بالزنا وعلى الاخرين الثلث لشهادتهما بالزنا وحده

وعلى الوجه الثانى على شهود الاحصان ثلاثة أرباع الدية لان عليهما النصف لشهادتهما بالاحصان ونصف الباقى لشهادتهما بالزنا ، ويحتمل أن لا يجب على شاهدى الاحصان الا النصف لان كل واحد منهما جنى جنايتين وجنى كل واحد من الاخرين جناية واحدة ، فكانت الدية بينهم على عدد رءوسهم لا على عدد جناياتهم كما لو قتل اثنان واحداً جرحه أحدهما جرحا والآخر جرحين .

(فصل)

واذا شهد شاهدان أنه أعتق هذا العبد على ضمان مائة درهم وقيمة العبد مائتان فحكم الحاكم بشهادتهما ثم رجعا رجع السيد على الشاهدين بمائة لانها تمام القيمة . وكذلك لو شهدا على رجل أنه طلق زوجته قبل الدخول على مائة ونصف المسمى مائتان غرما للزوج مائة لانهما فوتاها بشهادتهما المرجوع عنها

(فصل) واذا شهد رجلان على رجل بنكاح امرأة بصداق ذكراه وشهد آخران بدخوله بها ثم رجعوا بعد الحكم عليه بصداقها فعلى شهود النكاح الضمان لانهم ألزموه المسمى ، ويحتمل أن يكون عليهم النصف وعلى الآخرين النصف لانهما قرراه وشاهدا النكاح أوجباه فقسم بين الاربعة أرباعا ، وان شهد مع هذا شاهدان بالطلاق لم يلزمهما شيء لانهما لم يفوتا عليه شيئا يدعيه ولا أوجبا عليه ما لم يكن عليه واجبا

(فصل) وان شهد شاهدا فرع على شاهدى أصل لحكم الحاكم بشهادتهما

ثم رجع شاهدا الفرع فعليهما الضمان ، لا أعلم بينهم خلافا فى ذلك ، وإن رجع شاهدا الأصل وحدهما لزمهما الضمان أيضا ، وبه قال الشافعى ومحمد بن الحسن . وحكى أبو الخطاب عن القاضى أنه لاضمان عليهما وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف لأن الحكم تعلق بشهادة شاهدى الفرع ، بدليل أنهما جعلا شهادة شاهدى الاصل شهادة فلم يلزم شاهدى الأصل ضمان لعدم تعلق الحكم بشهادتهما .

ولنا أن الحق ثبت بشهادة شاهدى الاصل بدليل اعتبار عدالتهما ، فإذا رجعا ضمنا كشاهدى الفرع

(فصل) وإذا حكم الحاكم بشاهد ويمين فرجع الشاهد غرم جميع المال ، نص عليه أحمد فى رواية جماعة . وقال مالك والشافعى : يلزمه النصف لانه أحد حجتى الدعوى فكان عليه النصف كما لو كانا شاهدين .

ولنا أن الشاهد حجة الدعوى فكان الضمان عليه كالشاهدين . يحققه أن اليمين قول الخصم ، وقول الخصم ليس بحجة على خصمه ، وإنما هو شرط الحكم فجرى مجرى مطالبته الحاكم بالحكم وبهذا ينفصل عما ذكروه ، ولو سلمنا أنها حجة لكن إنما جعلها حجة شهادة الشاهد ، ولهذا لم يجز تقديمها على شهادته بخلاف شهادة الشاهد الاخر .

قال أبو الخطاب : ويتخرج أن لا يلزمه إلا النصف المحكوم به إذا قلنا ترد اليمين على المدعى .

فصل

وإذا رجعوا عن الشهادة بعد الحكم وقالوا عمدنا ووجب عليهم القصاص لم يعزروا لان القصاص يغنى عن تعزيرهم ، وان كان فى مال عزروا وغرموا لانهم جنوا جناية كبيرة وارتكبوا جريمة عظيمة وهى شهادة الزور ويحتمل أن لا يعزروا لأن رجوعهم توبة منهم فيسقط عنهم التعزير ، ولأن شرعية تعزيرهم تمنعهم الرجوع خوفاً منه فلا يشرع

وإن قالوا أخطأنا لم يعزروا ، لان الله تعالى قال (وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) هذا إن كان قولهم يحتمل الصدق فى الخطأ وان لم يحتمله عزروا ولم يقبل قولهم .

« مسألة » قال ﴿ وإذا قطع الحاكم يد السارق بشهادة اثنين ثم بان أنهما كافران أو فاسقان كانت دية اليد فى بيت المال ﴾

وجملته أن الحاكم إذا حكم بشهادة اثنين فى قطع أو قتل وأنفذ ذلك ثم بان أنهما كافران أو فاسقان أو عبدان أو أحدهما فلا ضمان على الشاهدين لأنهما مقيمان على أنهما صادقان فيما شهدا به ، وإنما الشرع منع قبول شهادتهما بخلاف الراجعين عن الشهادة فإنهما اعترفا بكذبهما ويجب الضمان على الحاكم أو الإمام الذى تولى ذلك لأنه حكم بشهادة من لا يجوز له الحكم بشهادته ولا قصاص عليه لأنه مخطىء وتجب الدية وفى محلها روايتان .

إحداهما : فى بيت المال لأنه نائب للمسلمين ووكيلهم ، وخطأ الوكيل فى حق موكله عليه ، ولأن خطأ الحاكم يكثر لكثرة تصرفاته وحكوماته فإيجاب ضمان ما يخطىء فيه على عاقلته إجحاف بهم ، فاقتضى ذلك التخفيف عنه بجعله فى بيت المال ، ولهذا المعنى حملت العاقلة دية الخطأ عن القاتل

والرواية الثانية : هى على عاقلته مخففة مؤجلة ، لما روى أن امرأة ذكرت عند عمر بسوء فأرسل اليها فأجهضت ذا بطنها ، فبلغ ذلك عمر فشاور الصحابة ، فقال بعضهم لا شيء عليك إنما أنت مؤدب ، وقال على عليك الدية ، فقال عمر : عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها على قومك ، يعنى قريشا ، لأنهم عاقلة عمر ، ولو كانت فى بيت المال لم يقسمها على قومه ، ولأنه من خطائه فتحمله عاقلته كخطائه فى غير الحكومة ، وللشافعى قولان كالروايتين

فإذا قلنا إن الدية على عاقلته لم تحمل الا الثلث فصاعداً ولا تحمل الكفارة لان العاقلة لا تحمل الكفارة فى محل الوفاق ، كذا هنا وتكون الكفارة فى ماله .

وإذا قلنا انه فى بيت المال فينبغى أن يكون فيه القليل والكثير لان جعله فى بيت المال لعلة أنه نائب عنهم وخطأ النائب على مستنيبه ، وهذا يدخل فيما يكثر خطؤه فجعل الضمان فى ماله يجحف به وان قل لكثرة تكرره ، وسواء تولى الحاكم الاستيفاء بنفسه أو أمر من تولاه

قال أصحابنا . وإن كان الولى استوفاه فهو كما لو استوفاه الحاكم لان الحاكم

سلطه على ذلك ومكنه منه والولى يدعى أنه حقه . فان قيل فاذا كان الولى استوفى حقه فينبغي أن يكون الضمان عليه كما لو حكم له بمال فقبضه ثم بان فسق شهوده كان الضمان على المستوفى دون الحاكم ، كذا ههنا . قلنا ثم حصل فى يد المستوفى مال المحكوم عليه بغير حق فوجب عليه رده أو ضمانه ان أتلفه وههنا لم يحصل فى يده شيء وانما أتلف شيئا بخطأ الامام وتسليطه عليه فافترقا

(فصل) وان شهد بالزنا أربعة فزكاهم اثنان فرجم المشهود عليه ثم بان أن الشهود فسقة أو عبيد أو بعضهم فلا ضمان على الشهود لانهم يزعمون أنهم محقون ولم يعلم كذبهم يقينا والضمان على المزكين ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال القاضي : الضمان على الحاكم لانه حكم بقتله من غير تحقق شرطه ولا ضمان على المزكين لان شهادتهما شرط وليست الموجبة . وقال أبو الخطاب فى رءوس المسائل : الضمان على الشهود الذين شهدوا بالزنا

ولنا أن المزكين شهدوا بالزور شهادة أفضت الى قتله فلزمهما الضمان كشهود الزنا اذا رجعوا ولا ضمان على الحاكم لانه أمكن احالة الضمان على الشهود فأشبه ما اذا رجعوا عن الشهادة . وقوله ان شهادتهم شرط لا يصح لان من أصلنا أن شهود الاحصان يلزمهم الضمان وان لم يشهدوا بالسبب ، وقد نص عليه أحمد . وقول أبى الخطاب لا يصح لأن شهود الزنا لم يرجعوا ولا علم كذبهم بخلاف المزكين فانه تبين كذبهم وأنهم شهدوا بالزور

وأما ان تبين فسق المزكين فالضمان على الحاكم لان التفريط منه حيث قبل شهادة فاسق من غير تزكية ولا بحث فيلزمه الضمان كما لو قبل شهادة شهود الزنا من غير تزكية ثم تبين فسقهم .

(فصل) ولو جلد الامام انسانا بشهادة شهود ثم بان أنهم فسقة أو كفرة أو عبيد فعلى الامام ضمان ما حصل من أثر الضرب ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا ضمان عليه

ولنا أنها جناية صدرت عن خطأ الامام فكانت مضمونة عليه كما لو قطعه أو قتله .

(فصـــل)

ولو حكم الحاكم بمال بشهادة شاهدين ثم بان أنهما فاسقان أو كافران فإن الامام ينقض حكمه ويرد المال ان كان قائماً أو عوضه ان كان تالفا، فإن تعذر ذلك لإعساره أو غيره فعلى الحاكم ضمانه ثم يرجع على المشهود له .

وعن أحمد رواية أخرى لا ينقض حكمه إذا كانا فاسقين ويغرم الشهود المال ، وكذلك الحكم إذا شهد عنده عدلان ان الحاكم قبله حكم بشهادة فاسقين ففيه روايتان ولا يغرم الشهود المال ، وكذلك الحاكم إذا شهد ، واختلف أصحاب الشافعي فيه أيضا . ولا خلاف بين الجميع في أنه ينقض حكمه إذا كانا كافرين وينقض حكم غيره إذا ثبت عنده أنه حكم بشهادة كافرين، فنقيس على ذلك ما إذا حكم بشهادة فاسقين فان شهادة الفاسقين مجمع على ردها ، وقد نص الله تعالى على التبين فيها فقال تعالى (يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا) وأمر باشهاد العدول وقال (وأشهدوا ذوي عدل منكم) واعتبر الرضا بالشهداء فقال تعالى (ممن ترضون من الشهداء) فيجب نقض الحكم لفوات العدالة كما يجب نقضه لفوات الإسلام ولأن الفسق معنى لو ثبت عند الحاكم قبل الحكم منعه ، فاذا شهد شاهدان أنه كان موجوداً حالة الحكم وجب نقض الحكم كالكفر والرق في العقوبات .

إذا ثبت هذا فان أبا حنيفة قال : لا يسمع الحاكم الشهادة بفسق الشاهدين لا قبل الحكم ولا بعده ، ومتى جرح المشهود عليه البينة لم تسمع بينته بالفسق ولكن يسأل عن الشاهدين ، ولا تسمع على الفسق شهادة لأن الفسق لا يتعلق به حق أحد فلا تسمع فيه الدعوى والبينة .

ولنا أنه معنى يتعلق الحكم به فسمعت فيه الدعوى والبينة كالتزكية . وقوله لا يتعلق به حق أحد ممنوع فان المشهود عليه يتعلق حقه بفسقه في منع الحكم عليه قبل الحكم ونقضه بعده وتبرئته من أخذ ماله أو عقوبته بغير حق فوجب ان تسمع فيه الدعوى والبينة كما لو ادعى رق الشاهدين ولم يدعه لنفسه . ولأنه اذا لم تسمع البينة بالفسق أدى الى ظلم المشهود عليه ، لانه يمكن ان لا يعرف فسق الشاهدين إلا شهود المشهود عليه فاذا لم تسمع شهادتهم وحكم عليه بشهادة الفاسقين كان ظالماً له

فأما ان قامت البينة أنه حكم بشهادة والدين أو ولدين أو عدوين نظر فى الحاكم الذى حكم بشهادتهما فان كان ممن يرى الحكم به لم ينقض حكمه لأنه حكم باجتهاده فيما يسوغ فيه الاجتهاد ولم يخالف نصا ولا إجماعا ؛ وان كان ممن لا يرى الحكم بشهادتهم نقضه لان الحاكم به يعتقد بطلانه ، والفرق بين المال والاتلاف أن المال إن كان باقيا وجب رده الى صاحبه لان كل واحد أحق بماله ، وإن كان تالفا وجب ضمانه على آخذه لانه أخذه بغير اذن صاحبه ولا استحقاق لأخذه ، أما الاتلاف فانه لم يحصل به فى يد المتلف شىء يرده ولم يمكن تضمينه ، لانه إنما أتلفه بحكم الحاكم وتسليطه عليه ، وهو لا يقر بعدوانه بل يقول استوفيت حقى ، ولم يثبت خلاف دعواه ولم يمكن تضمين الشهود لأنهم يقولون شهدنا بما علمنا وأخبرنا بما رأينا وسمعنا ولم نكتم شهادة الله تعالى التى لزمنا أداؤها ، ولم يثبت كذبهم فوجب إحالة الضمان على الحاكم لانه حكم من غير وجود شرط الحكم ومكن من إتلاف المعصوم من غير بحث عن عدالة الشهود وكان التفريط منه فوجب إحالة الضمان عليه .

«مسألة» قال ﴿ وإذا ادعى العبد ان سيده أعتقه حلف مع شاهده وصار حرا ﴾

روى عن أحمد فى هذا روايتان إحداهما : ان العتق ثبت بشاهد ويمين وهو اختيار أبى بكر لأنه إزالة ملك فيثبت بشاهد ويمين كالبيع والهبة ، ولأنه إتلاف المال فيقبل فيه شاهد ويمين كالاتلاف بالفعل ، وإفضاؤه الى تكميل الاحكام لا يمنع ثبوته بشاهد ويمين ، بدليل أن الولادة تثبت بشهادة النساء ويبنى عليها النسب الذى لا يثبت بشهادتهن .

والرواية الثانية : لا تثبت الحرية إلا بشاهدين عدلين ذكرين لانها ليست بمال ولا المقصود منها المال ويطلع عليها الرجال فى غالب الاحوال ، فأشبهت الحدود والقصاص والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ومن شهد بشهادة زور أدب وأقيم للناس فى المواضع التى يشتهر أنه شاهد زور إذا تحقق تعمده لذلك ﴾

وجملة ذلك أن شهادة الزور من أكبر الكبائر قد نهى الله عنها فى كتابه

مع نهيه عن الاوثان ، فقال تعالى (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) وقد روى عن خريم بن فاتك أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : عدلت شهادة الزور الإشراك بالله ثلاث مرات ، ثم تلى قوله تعالى (فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور) رواه أبو داود . وروى هذا عن ابن مسعود من قوله .

وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ؟ قلنا بلى يا رسول الله . قال : الاشراك بالله وعقوق الوالدين ، وكان متكئا فجلس فقال : ألا وقول الزور وشهادة الزور ، فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت » متفق عليه .

وروى أبو حنيفة عن محارب بن دثار عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « شاهد الزور لا تزول قدماه حتى تجب له النار » فمتى ثبت عند الحاكم عن رجل أنه شهد بزور عمداً عزره وشهره فى قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن عمر رضى الله عنه ، وبه يقول شريح والقاسم بن محمد وسالم بن عبد الله والاوزاعى وابن أبى ليلى ومالك والشافعى وعبد الملك بن يعلى قاضى البصرة . وقال أبو حنيفة : لا يعزر ولا يشهر لانه قول منكر وزور فلا يعزر به كالظهار وروى عنه الطحاوى أنه يشهر وأنكره المتأخرون

ولنا أنه قول محرم يضر به الناس فأوجب العقوبة على قائله كالسب والقذف ويخالف الظهار من وجهين :

أحدهما : أنه يختص بضرره

والثانى : أنه أوجب كفارة شاقة هى أشد من التعزير ، ولانه قول عمر رضى الله عنه ولم نعرف له فى الصحابة مخالفا .

وإذا ثبت هذا فإن تأديبه غير مقدور وانما هو مفوض الى رأى الحاكم ان رأى ذلك بالجلد جلده ، وان رآه بحبس أو كشف رأسه واهانته وتوبيخه فعل ذلك ، ولا يزيد فى جلده على عشر جلدات . وقال الشافعى : لا يزيد على تسع وثلاثين لئلا يبلغ به أدنى الحدود

وقال ابن أبى ليلى . يجلد خمسة وسبعين سوطا . وهو أحد قولى أبى يوسف

وقال الأوزاعى فى شاهدى الطلاق : يجلدان مائة مائة ويغرمان الصداق :

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « لا يجلد أحد فوق عشر جلدات الا فى حد من حدود الله تعالى » متفق عليه ، وقال القاسم وسالم : يخفق سبع خفقات ، وقال شريح : يجلد أسواطا ، فأما شهرته بين الناس فإنه يوقف فى سوق ان كان من أهل السوق أو قبيلته ان كان من أهل القبائل أو فى مسجده ان كان من أهل المساجد ، ويقول الموكل به ان الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول هذا شاهد زور فاعرفوه . وهذا مذهب الشافعى

وأتى الوليد بن عبد الملك بشاهد الزور فأمر بقطع لسانه وعنده القاسم وسالم فقالا : سبحان الله بحسبه أن يخفق سبع خفقات ويقام بعد العصر فيقال هذا أبو قبيس وجدناه شاهد زور ففعل ذلك به ، ولا يسخم وجهه ولا يركب ولا يكلف أن ينادى على نفسه وقد روى عن عمر رضى الله عنه « أنه يجلد أربعين جلدة ويسخم وجهه ويطال حبسه » رواه الامام أحمد . وقال سوار يلبب ويدار به على حلق المسجد فيقول من رآنى فلا يشهد بزور .

وروى عن عبد الملك بن يعلى قاضى البصرة أنه أمر بحلق نصف رءوسهم وتسخيم وجوههم ويطاف بهم فى الأسواق والذى شهدوا له معهم .

ولنا أن هذا مثلة وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عن المثلة ، وما روى عن عمر فقد روى عنه خلافه وأنه حبسه يوماً وخلى سبيله . وفى الجملة ليس فى هذا تقدير شرعى فما فعل الحاكم مما يراه ما لم يخرج الى مخالفة نص أو معنى نص فله ذلك ولا يفعل به شىء من ذلك حتى يحقق أنه شاهد زور وتعمد ذلك اما باقراره أو يشهد على رجل بفعل فى الشام فى وقت ويعلم أن المشهود عليه فى ذلك الوقت فى العراق ، أو يشهد بقتل رجل وهو حى أو أن هذه البهيمة فى يد هذا منذ ثلاثة أعوام وسنها أقل من ذلك ، أو يشهد على رجل أنه فعل شيئاً فى وقت وقد مات قبل ذلك الوقت أو لم يولد الا بعده ، وأشباه هذا مما يتيقن به كذبه ويعلم تعمده لذلك ، فأما تعارض البينتين أو ظهور فسقه أو غلطه فى شهادته فلا يؤدب به ، لان الفسق لا يمنع الصدق والتعارض لا يعلم به كذب احدى البينتين بعينها والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده فيعفى عنه ، وقد قال الله تعالى (وليس عليكم

جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم) وقال النبي صلى الله عليه وسلم « عفى لأمتي عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه »

(فصـل) ومتى علم أن الشاهدين شهدا بالزور تبين أن الحكم كان باطلا ولزم نقضه لأنا تبينا كذبهما فيما شهدا به وبطلان ما حكم به ، فإن كان المحكوم به مالا رد الى صاحبه ، وان كان اتلافا فعلى الشاهدين ضمانه لانهما سبب اتلافه الا أن يثبت ذلك باقرارهما على أنفسهما من غير موافقة المحكوم له فيكون ذلك رجوعا منهما عن شهادتهما ، وقد بينا حكم ذلك

فصـــل

فإذا تاب شاهد الزور وأتت على ذلك مدة تظهر فيها توبته وتبين صدقه فيها وعدالته قبلت شهادته ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابو ثور . وقال مالك : لا تقبل شهادته أبداً لان ذلك لا يؤمن منه .

ولنا أنه تائب من ذنبه فقبلت توبته كسائر التائبين ، وقوله لا يؤمن منه ذلك قلنا بجرد الاحتمال لا يمنع قبول الشهادة ، بدليل سائر التائبين فإنه لا يؤمن منهم معاودة ذنوبهم ولا غيرها وشهادتهم مقبولة والله أعلم

« مسألة » قال (واذا غير العدل شهادته بحضرة الحاكم فزاد فيها أو نقص قبلت منه ما لم يحكم بشهادته)

وهـــذا مثل أن يشهد بمائة ثم يقول هي مائة وخمسون ، أو يقول بل هي تسعون فانه يقبل منه رجوعه ويحكم بما شهد به أخيراً ، وبهذا قال أبو حنيفة والثوري وسليمان بن حبيب المحاربي واسحاق . وقال الزهري : لا تقبل شهادته الاولى ولا الآخرة لان كل واحدة منهما ترد الاخرى وتعارضها ، ولان الاولى مرجوع عنها والثانيه غير موثوق بها لانها من مقر بغلطه وخطئه في شهادته فلا يؤمن أن يكون في الغلط كالاولى . وقال مالك : يؤخذ بأقل قوليه لانه أدى الشهادة وهو غير متهم فلم يقبل رجوعه عنها كما لو اتصل بها الحكم :

ولنا أن شهادته الآخرة شهادة من عدل غير متهم لم يرجع عنها فوجب الحكم بها كما لو لم يتقدمها ما يخالفها ولا تعارضها الاولى لانها قد بطلت برجوعه عنها ولا

يجوز الحكم بها لأنها شرط الحكم فيعتبر استمرارها إلى انقضائه ، ويفارق رجوعه بعد الحكم لأن الحكم قد تم باستمرار شرطه فلا ينقض بعد تمامه .

(فصـــل) وإن شهد بألف ثم قال قبل الحكم قضاه منه خمسمائة فسدت شهادته . ذكره أبو الخطاب فقال : إذا شهد أن عليه ألفا ثم قال أحدهما قضاه منه خمسمائة بطلت شهادته وذلك أنه شهد بأن الألف جميعه عليه وإذا قضاه خمسمائة لم تكن الألف كله عليه فيكون كلامه متناقضا فتفسد شهادته ، وفارق هذا ما لو شهد بألف ثم قال بل بخمسمائة لأن ذلك رجوع عن الشهادة بخمسمائة وإقرار بغلط نفسه ، وهذا لا يقول هذا على سبيل الرجوع .

والمنصوص عن أحمد أن شهادته تقبل بخمسمائة ، فإنه قال إذا شهد بألف ثم قال أحدهما قبل الحكم قضاه منه خمسمائة أفسد شهادته، والمشهود له ما اجتمعا عليه وهو خمسمائة ، فصحح شهادته في نصف الالف الباقي وأبطلها في النصف الذي ذكر أنه قضاه ، لأن ذلك بمنزلة الرجوع عن الشهادة به ، فأشبه ما لو قال أشهد بألف بل بخمسمائة .

قال أحمد : ولو جاء بعد هذا المجلس فقال أشهد أنه قضاه منه خمسمائة لم يقبل منه لأنه قد أمضى الشهادة ، فهذا يحتمل أنه أراد به أنه اذا جاء بعد الحكم فشهد بالقضاء لم يقبل منه لأن الألف قد وجب بشهادتهما وحكم الحاكم ؛ ولا تقبل شهادته بالقضاء لأنه لا يثبت بشاهد واحد ، فأما ان شهد أنه أقرضه ألفا ثم قال قضاه منه خمسمائة قبلت شهادته في باقي الالف وجها واحداً لانه لا تناقض في كلامه ولا اختلاف .

« مسألة » قال (وإذا شهد شاهد بألف وآخر بخمسمائة حكم لمدعى الالف بخمسمائة وحلف مع شاهده على الخمسمائة الاخرى إن أحب)

وجملة ذلك أنه إذا شهد أحد الشاهدين بشيء وشهد الآخر ببعضه صحت الشهادة وثبت ما اتفقا عليه وحكم به ، وهذا قول شريح ومالك والشافعي وابن أبي ليلى وأبي يوسف ومحمد وإسحاق وأبي عبيد ، وحكى عن الشعبي أنه شهد عنده رجلان شهد أحدهما أنه طلقها تطليقة وشهد الاخر أنه طلقها تطليقتين فقال

قد اختلفتا . قوما . وحكى عن أبي حنيفة أنه إذا شهد شاهد أنه أقر بألف وشهد آخر أنه أقر بألفين لم تصح الشهادة لان الاقرار بالالف غير الاقرار بالالفين فلم يشهد بكل إقرار إلا واحد .

ولنا أن الشهادة قد كملت فيما اتفقا عليه فحكم به كما لو لم يزد أحدهما على صاحبه ، وما ذكره من أن كل إقرار انما يشهد به واحد يبطل بما اذا شهد أحدهما أنه أقر بألف غدوة وشهد الاخر أنه أقر بألف عشيا فإن الشهادة تكمل ، مع أن كل اقرار انما يشهد به واحد

فأما ما انفرد به أحدهما فإن للمدعي أن يحلف معه ويستحق ، وهذا قول من يرى الحكم بشاهد ويمين ، وهذا فيما اذا أطلقا الشهادة أو لم تختلف الاسباب والصفات . فأما ان اختلفت مثل أن يشهد شاهد بألف من قرض وشاهد بخمسمائة من ثمن مبيع ويشهد شاهد بألف بيض وآخر بخمسمائة سود أو يشهد شاهد بألف دينار والاخر بخمسمائة درهم لم تكمل البينة وكان له أن يحلف مع كل واحد منهما ويستحقها ويحلف مع أحدهما ويستحق ما شهد به .

(فصل)

فإن شهد له شاهدان بألف وشاهدان بخمسمائة ولم تختلف الاسباب والصفات دخلت الخمسمائة في الالف ووجب له بالشهادتين مائة وان اختلفت الاسباب ، والصفات وجب له الالف والخمسمائة ولم يدخل أحدهما في الاخر لانهما مختلفان

(فصل) وان شهد له شاهد انه باعه هذا العبد بألف وشهد آخر أنه باعه اياه بخمسمائة لم تكمل البينة لاختلافهما في صفة البيع وله أن يحلف مع أحدهما ويثبت له ما حلف عليه ، وان شهد له بكل عقد شاهدان ثبت البيعان ، وان أضافا البيع الى وقت واحد ، مثل أن يشهدا أنه باعه هذا العبد مع الزوال بألف وشهد الاخر أنه باعه اياه مع الزوال بخمسمائة تعارضت البينتان وسقطتا لأنه لا يمكن اجتماعهما وكل بينة تكذب الاخرى . وان شهد بكل واحد من هذين شاهد واحد كان له أن يحلف مع أحدهما ولا يتعارضان ، لان التعارض انما يكون بين البينتين الكاملتين .

(فصـــل)

وإن شهد أحدهما أنه غصبه ثوبا قيمته درهمان وشهد آخر ان قيمته ثلاثة ثبت له ما اتفقا عليه وهو درهمان ، وله ان يحلف مع الآخر على درهم لأنهما اتفقا على درهمين وانفرد أحدهما بدرهم ، فأشبه ما لو شهد أحدهما بألف وآخر بخمسمائة ، وان شهد شاهدان ان قيمته درهمان وشاهدان ان قيمته ثلاثة ثبت له درهمان ، وبهذا قال الشافعي .

وقال أبو حنيفة له ثلاثة لأنه قد شهد بها شاهدان وهما حجة فيجب الأخذ بهما كما يؤخذ بالزيادة فى الاخبار ، وكما لو شهد له شاهدان بألف وشاهدان بألفين فانه يجب له ألفان، قال القاضي ويتوجه لنا مثل هذا بناء على مسألة الالف وخمسمائة

ولنا ان من شهد ان قيمته درهمان ينفى ان تكون قيمته ثلاثة فقد تعارضت البينتان فى الدرهم ، وتخالف الزيادة فى الأخبار فإن من يروى الناقص لا ينفى الزيادة وكذلك من شهد بألف لا ينفى ان عليه ألفا آخر .

فإن قيل فلم قلتم انه إذا شهد بكل واحد من القيمتين شاهدان تعارضتا وان شهد واحد لم تتعارضا وكان له ان يحلف مع الشاهد بالزيادة عليها ؟

قلنا لأن الشاهدين حجة وبينة فإذا كملت من الجانبين تعارضت الحجتان لتعذر الجمع بينهما، وأما الشاهد الواحد فليس بحجة وحده وإنما يصير حجة مع اليمين فإذا حلف مع أحدهما كملت الحجة بيمينه ولم يعارضهما ما ليس بحجة كما لو شهد بأحدهما شاهدان وبالآخر شاهد واحد .

« مسألة » قال (ومن ادعى شهادة عدل فانكر ان تكون عنده ثم شهد بها بعد ذلك وقال كنت أنسيتها قبلت منه)

وجملة ذلك ان العدل اذا أنكر ان تكون عنده شهادة ثم شهد بها وقال كنت أنسيتها قبلت ولم ترد شهادته ، وبهذا قال الثوري والشافعي وإسحاق ولا أعلم فيه مخالفا ، وذلك لانه يجوز ان يكون نسيها، واذا كان ناسيا لها فلا شهادة عنده فلا نكذبه مع إمكان صدقه ، ولا يشبه هذا اذا ما قال لا بينة لى ثم أتى ببينة حيث لا تسمع فإن ذلك إقرار منه على نفسه بعدم البينه، والانسان يؤاخذ بإقراره ، وقول

الشاهد لا شهادة عندي ليس بإقرار فان الشهادة ليست له إنما هي حق عليه فيكون منكراً لها ، فاذا اعترف بها كان اقراراً بعد الانكار وهو مسموع بخلاف الانكار بعد الانكار ، ولان الناسي للشهادة لا شهادة له عنده فهو صادق في إنكاره ، فاذا ذكرها صارت عنده فلا تنافي بين القولين وصار هذا كمن أنكر ان يكون عنده شهادة قبل ان يستشهد ثم استشهد بعد ذلك فصارت عنده بخلاف من أنكر ان له بينة فانه لا يخرج عن ان يكون له بينة بنسيانها .

« مسألة » قال (ومن شهد بشهادة يجر إلى نفسه بعضها بطلت شهادته في الكل)

وجملته ان من شهد بشهادة له بعضها مثل ان يشهد الشريك لشريكه بمال من الشركة او يشهد على زيد بدار له ولعمرو فان شهادته تبطل في الكل ، وقال الشافعي فيها قولان .

أحدهما : كقولنا . والثاني : تصح شهادته لغيره لانه أجنبي فتصح شهادته له كما لو لم يكن له فيها شرك ، ويتخرج لنا مثل هذا بناء على قولنا في عبد بين ثلاثة اشترى نفسه منهم بثلاثمائة درهم فادعى انهم قبضوها منه فأنكر أحدهم ان يكون أخذ شيئاً فاقر له اثنان وشهدا على المنكر بالقبض فان شهادتهما تقبل عليه ويشاركهما فيما أخذا من المال .

ولنا انها شهادة رد بعضها للتهمة فترد جميعها كما لو شهد المضارب لرب المال بمال من المضاربة ولو شهد بدين لابيه وأجنبي أو شهد بشهادة ترد في بعض ما شهد به بطلت كلها .

« مسألة » قال (واذا مات رجل وخلف ابنا وألف درهم فادعى رجل على الميت ألف درهم وصدقه الابن وادعى آخر مثل ذلك وصدقه الابن فان كان في مجلس واحد كان الالف بينهما ، وان كان في مجلسين كان الالف للأول ولا شيء للثاني) وجملته ان الميت اذا خلف وارثا وتركة فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق ميراثه فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لجميعها ، فاذا أقر بعد

ذلك لآخر نظرت فإن كان فى المجلس صح الإقرار واشتركا فى التركة لأن حالة المجلس كلها كحالة واحدة بدليل القبض ، فما يعتبر القبض فيه وإمكان الفسخ فى البيع ولحوق الزيادة فى العقد فكذلك فى الإقرار، وإن كان فى مجلس آخر لم يقبل إقراره لأنه يقر بحق على غيره ، فإنه يقر بما يقتضى مشاركة الأول فى التركة ومزاحمته فيها وتنقيص حقه منها ، ولا يقبل إقرار الانسان على غيره .

وقال الشافعى : يقبل إقراره ويشتركان فيها لأن الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لهما لقبل فكذلك الوارث . ولأن منعه من الإقرار يفضى إلى إسقاط حق الغرماء فإنه قد لا يتفق حضورهم فى مجلس واحد فيبطل حقه بغيبته ، ولأن من قبل إقراره أولا قبل إقراره ثانياً اذا لم يتغير حاله كالموروث

ولنا أنه أقر بما يتعلق بمحل تعلق به حق غيره على وجه يضر به تعلقاً يمنع صحة تصرفه فيه فلم يقبل كإقرار الراهن بجناية عبده المرهون أو الجانى، وأما الموروث فإن أقر فى صحته صح لأن الدين لا يتعلق بماله وانما يتعلق بذمته ، وان أقر فى مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك ، وان أقر فى مرضه لغريم يستغرق دينه تركته ثم أقر لآخر فى مجلس آخر صح وشارك الأول والفرق بينه وبين الوارث أن اقراره الاول لم يمنعه التصرف فى ماله ولا أن يتعلق به دين آخر بأن يستدين دينا آخر فلم يمنع ذلك تعلق الدين بتركته بالإقرار بخلاف الوارث فإنه لا يملك أن يعلق بالتركة ديناً آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف فى التركة ما لم يلتزم قضاء الدين .

(فصل) وان مات وترك ألفاً فأقر به ابنه لرجل ثم أقر به لغيره فهو للأول ولا شيء للثانى فيه سواء كان فى مجلس أو مجلسين لأنه باعترافه للأول ثبت له الملك فيه فصار اقراره للثانى اقراراً له بملك غيره فلم يقبل وتلزم المقر غرامته للثانى لأنه فوته عليه بإقراره به لغيره فأشبه ما لو غصبه منه فدفعه الى غيره

« مسألة » قال (ومن ادعى دعوى على مريض فأومأ برأسه أى نعم لم يحكم بها حتى يقول بلسانه)

وجملته أن اشارة المريض لا تقوم مقام نطقه وسواء كان عاجزاً عن الكلام

أو قادراً عليه وبهذا قال الثوري . وقال الشافعي : يقبل اقراره بإشارته اذا كان عاجزا عن الكلام لأنه اقرار بالاشارة من عاجز عن الكلام فأشبه اقرار الاخرس

ولنا أنه غير مأيوس من نطقه فلم تقم اشارته مقام نطقه كالصحيح ، وبهذا فارق الاخرس فإنه مأيوس من نطقه ، ولهذا لو ارتج عليه في الصلاة لم تصح صلاته بغير قراءة بخلاف الأخرس ، والآيسة يفرق بينها وبين من ارتفع حيضها مع امكانه في العدة ، ولأن عجزه عن النطق غير متحقق، فإنه يحتمل أن يترك الكلام لصعوبته عليه ومشقته لا لعجزه .

وان صار الى حال يتحقق الاياس من نطقه لم يوثق باشارته لان المرض الذي أعجزه عن النطق لم يختص بلسانه فيجوز أن يكون أثر في عقله أو في سمعه فلم يدر ماقيل له بخلاف الاخرس ، ولان الاخرس قد تكررت اشارته حتى صارت عند من يعاشره كاليقين ومماثلة النطق، وهذا لم تتكرر اشارته فلعله لم يرد الاقرار انما أراد الانكار أو اسكات من يسأله ، ومع هذه الفروق لا يصح القياس

« مسألة » قال (ومن ادعى دعوى وقال لا بينة لي ثم أتى بعد ذلك ببينة لم تقبل لانه مكذب لبينته)

وبهذا قال محمد بن الحسن ، وقال أبو يوسف وابن المنذر : تقبل ، وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه يجوز أن ينسى أو يكون الشاهدان سمعا منه وصاحب الحق لا يعلم فلا يثبت بذلك أنه أكذب بينته . وقال بعض أصحاب الشافعي : وان كان الإشهاد أمراً تولاه بنفسه لم تسمع بينته لانه أكذبها ، وان كان وكيله أشهد على المدعى عليه أو شهد من غير علمه أو من غير أن يشهدهم سمعت بينته لانه معذور في نفيه اياها ، وهذا القول حسن

ولنا أنه أكذب بينته باقراره أنه لا يشهد له أحد ، فاذا شهد له انسان كان تكذيبا له ، ويفارق الشاهد اذا قال لا شهادة عندي ثم قال كنت نسيتها لان ذلك اقرار لغيره بعد الانكار وههنا هو مقر لخصمه بعدم البينة فلم يقبل رجوعه عنه . والحكم فيما اذا قال كل بينة لي زور كالحكم فيما اذا قال لا بينة لي على ما ذكرنا من الخلاف فيه .

(فصل) وإن قال ما أعلم لى بينة ثم أتى ببينة سمعت لأنه يجوز أن تكون له بينة لم يعلمها ثم علمها . قال أبو الخطاب : ولو قال ما أعلم لى بينة فقال شاهدان نحن نشهد لك سمعت بينته .

« مسألة » قال ﴿ وإذا شهد الوصى على من هو موصى عليهم قبلت شهادته ، وإن شهد لهم لم يقبل إذا كانوا فى حجره ﴾

أما شهادته عليهم فمقبولة لانعلم فيه خلافا فإنه لا يتهم عليهم ولا يجر بشهادته عليهم نفعاً ولا يدفع عنهم بها ضرراً ، وأما شهادته لهم إذا كانوا فى حجره فغير مقبولة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، منهم الشعبي والثورى ومالك والشافعى والأوزاعى وأبو حنيفة وابن أبى ليلى ، وأجاز شريح وأبو ثور شهادته لهم اذا كان الخصم غيره لأنه أجنبي منهم فقبلت شهادته لهم كما بعد زوال الوصية

ولنا أنه شهد بشيء هو خصم فيه ، فإنه الذى يطالب بحقوقهم ويخاصم فيها ويتصرف فيها فلم تقبل شهادته كما لو شهد بمال نفسه ، ولأنه يأخذ من مالهم عند الحاجة فيكون متهما فى الشهادة به .

فأما قوله اذا كانوا فى حجره فإنه يعنى أنه لو شهد لهم بعد زوال ولايته عنهم قبلت شهادته لزوال المعنى الذى منع قبولها ، والحكم فى أمين الحاكم يشهد للأيتام الذين هم تحت ولايته كالحكم فى الوصى سواء

« مسألة » قال (واذا شهد من يخنق فى الاحيان قبلت شهادته فى افاقته)

قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، وممن حفظنا عنه ذلك مالك والثورى والشافعى واسحاق وأبو ثور ، ولا أحسبه الا مذهب أهل الكوفة ، وذلك لأن الاعتبار فى الشهادة بحال أدائها وهو فى وقت الأداء من أهل التحصيل والعقل الثابت فقبلت شهادته كالصبي اذا كبر . ولأنه عدل غير متهم فقبلت شهادته كالصحيح ، وزوال عقله فى غير حال الشهادة لا يمنع قبولها كالصحيح الذى ينام والمريض الذى يغمى عليه فى بعض الأحيان

« مسألة » قال (وتقبل شهادة الطبيب فى الموضحة اذا لم يقدر على طبيبين ، وكذلك البيطار فى داء الدابة)

وجملته أنه اذا اختلف فى الشجة هل هى موضحة أو لا ؟ أو فيما كان أكثر منها كالهاشمة والمنقلة والآمة والدامغة ؟ أو أصغر منها كالباضعة والمتلاحمة والسمحاق أو فى الجائفة وغيرها من الجراح التى لا يعرفها الا الاطباء ؟ أو اختلفا فى داء يختص بمعرفته الاطباء أو فى داء الدابة ؟ فظاهر كلام الخرقى أنه اذا قدر على طبيبين أو بيطارين لا يجزىء واحد ، لانه مما يطلع عليه الرجال فلم تقبل فيه شهادة واحد كسائر الحقوق ، فإن لم يقدر على اثنين أجزأ واحد لأنه مما لا يمكن كل واحد أن يشهد به لانه مما يختص به أهل الخبرة من أهل الصنعة فاجتزىء فيه بشهادة واحد بمنزلة العيوب تحت الثياب يقبل فيها قول المرأة الواحدة فقبول قول الرجل الواحد أولى

(فصل) قال أحمد رحمه الله اذا قال أشهد على مائة درهم ومائة درهم فشهد على مائة دون مائة كره الا أن يقول أشهد ولى على مائة ومائة ، يحكيه كله للحاكم كما كان . وقال أحمد : اذا شهد على ألف وكان الحاكم لا يحكم الا على مائة ومائتين ، فقال له صاحب الحق أريد أن تشهد لى على مائة لم يشهد الا بألف . قال القاضى : وذلك أن على الشاهد نقل الشهادة على ما شهد ، قال الله تعالى (ذلك أدنى أن يأتوا بالشهادة على وجهها) ولأنه لو ساغ للشاهد أن يشهد ببعض ما أشهد عليه لساغ للقاضى أن يقضى ببعض ما شهد به الشاهد .
وقال أبو الخطاب : عندى يجوز أن يشهد بذلك لأن من شهد بألف فقد شهد بمائة فإذا شهد بمائة لم يكن كاذبا فى شهادته . فجاز كما لو كان قد أقرضه مائة مرة وتسعمائة مرة أخرى ، والاول أصح لما ذكره القاضى ، ولان شهادته بمائة ربما أوهمت أن هذه المائة غير التى شهدت بأصله فيؤدى الى ايجابها عليه مرتين .

(فصل) قال أحمد : اذا شهد بألف درهم ومائة دينار فله من دراهم ذلك البلد ودنانيره . قال القاضى : لانه لما جاز أن يحمل مطلق العقد على ذلك جاز أن تحمل الشهادة عليه والله أعلم

كتاب الدعاوى والبينات

الدعوى فى اللغة إضافة الإنسان إلى نفسه شيئا ملكا أو استحقاقا أو صفة أو نحو ذلك، وهي فى الشرع إضافته الى نفسه استحقاق شيء فى يد غيره أو فى ذمته والمدعى عليه من يضاف إليه استحقاق شيء عليه .

وقال ابن عقيل : الدعوى الطلب قال الله تعالى (ولهم ما يدّعون) وقيل المدعى من يلتمس بقوله أخذ شيء من يد غيره أو إثبات حق فى ذمته والمدعى عليه من ينكر ذلك .

وقيل المدعى من إذا ترك لم يسكت والمدعى عليه من إذا ترك سكت ، وقد يكون كل واحد منهما مدعيا ومدعى عليه بأن يختلفا فى العقد فيدعى كل واحد منهما ان الثمن غير الذى ذكره صاحبه . والأصل فى الدعوى قول النبي صلى الله عليه وسلم : لو أعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه » رواه مسلم وفى حديث « البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه » ولا تصح الدعوى إلا من جائز التصرف .

« مسأله » قال أبو القاسم رحمه الله (ومن ادعى زوجية امرأة فأنكرته ولم تكن له بينة فرق بينهما ولم يحلف)

وجملته أن النكاح لا يستحلف فيه رواية واحدة ، ذكره القاضى وهو قول أبى حنيفة ، ويتخرج ان يستحلف فى كل حق لآدمى وهو قول الشافعى وابن المنذر ونحوه قول أبى يوسف ومحمد لقول النبي صلى الله عليه وسلم « ولكن اليمين على المدعى عليه » ولأنه حق لآدمى فيستحلف فيه كالمال، ثم اختلفوا فقال ابو يوسف ومحمد: يستحلف فى النكاح فإن نكل ألزم النكاح ، وقال الشافعى : ان نكل ردت اليمين على الزوج فحلف وثبت النكاح .

ولنا ان هذا مما لا يحل بذله فلم يستحلف فيه كالحد ، يحقق هذا ان الأبضاع مما يحتاط فيها فلا تباح بالنكول ولا به وبيمين المدعى كالحدود، وذلك لان النكول ليس بحجة قوية انما هو سكوت مجرد يحتمل ان يكون لخوفه من اليمين او للجهل

بحقيقة الحال أو للحياء من الحلف والتبذل فى مجلس الحاكم. ومع هذه الاحتمالات لا ينبغى ان يقضى به فيما يحتاط له . ويمين المدعى إنما هى قول نفسه لا ينبغى ان يعطى بها أمراً فيه خطر عظيم وإثم كبير ، ويمكن من وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه .

وأما الحديث فإنما تناول الاموال والدماء فلا يدخل النكاح فيه ، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصا بالحدود فالنكاح فى معناه ، بل النكاح أولى لأنه لا يكاد يخلو من شهود لكون الشهادة شرطا فى انعقاده او من اشتهاره فيشهد فيه بالاستفاضة والحدود بخلاف ذلك .

إذا ثبت هذا فانه يفرق بينهما ويحال بينه وبينها ويخلى سبيلها ، وان قلنا إنها تحلف على الاحتمال الاخر فنكلت لم يقض بالنكول وتحبس فى أحد الوجهين حتى تقر أو تحلف : وفى الآخر يخلى سبيلها وتكون فائدة شرع اليمين التخويف والردع لتقر ان كان المدعى محقا او تحلف فتبرأ ان كان مبطلا .

(فصل) واذا ادعى رجل نكاح امرأة احتاج الى ذكر شرائط النكاح فيقول تزوجتها بولى مرشد وشاهدى عدل ورضاها ان كانت ممن يعتبر رضاها . وهذا منصوص الشافعى ، وقال أبو حنيفة ومالك لا يحتاج الى ذكر شرائطه لأنه نوع ملك فأشبه ملك العبد. ألا ترى أنه لا يحتاج ان يقول وليست معتدة ولا مرتدة ؟

ولنا : أن الناس اختلفوا فى شرائط النكاح فمنهم من يشترط الولى والشهود ومنهم من لا يشترط ومنهم من يشترط اذن البكر البالغ لأبيها فى تزويجها ومنهم من لا يشترطه وقد يدعى نكاحا يعتقده صحيحا والحاكم لا يرى صحته ولا ينبغى ان يحكم بصحته مع جهله بها ولا يعلم بها مالم تذكر الشروط وتقوم البينة بها، وتفارق المال فإن أسبابه تنحصر وقد يخفى على المدعى سبب ثبوت حقه والعقود تكثر شروطها ولذلك اشترطنا لصحة البيع شروطا سبعة وربما لا يحسن المدعى عدها ولا يعرفها والأموال مما يتساهل فيها ولذلك افترقا فى اشتراط الولى والشهود فى عقوده فافترقا فى الدعوى، وعدم العدة والردة لم يختلف الناس فيه والاصل عدمها ولا تختلف به الاغراض فإن كانت المرأة أمة والزوج حراً فقياس ماذكرناه أنه يحتاج الى ذكر عدم الطول وخوف العنت لأنهما من شرائط صحة نكاحها ، وأما

إن ادعى استدامة الزوجية ولم يدع العقد لم يحتج الى ذكر الشروط فى أحد الوجهين لأنه يثبت بالاستفاضة ، ولو اشترط ذكر الشروط لاشترطت الشهادة به ولا يلزم ذلك فى شهادة الاستفاضة ، وفى الثانى يحتاج إلى ذكر الشروط لأنه دعوى نكاح فأشبه دعوى العقد

(فصل) وإن ادعت المرأة النكاح على زوجها وذكرت معه حقاً من حقوق النكاح كالصداق والنفقة ونحوها سمعت دعواها بغير خلاف نعلمه لأنها تدعى حقا لها تضيفه إلى سببه فتسمع دعواها ، كما لو ادعت ملكا أضـــافته إلى الشراء ، وإن أفردت دعوى النكاح فقال القاضى تسمع دعواها أيضا لأنه سبب لحقوق لها فتسمع دعواها فيه كالبيع .

وقال أبو الخطاب فيه وجه آخر لا تسمع دعواها فيه لأن النكاح حق للزوج عليها فلا تسمع دعواها حقا لغيرها ، فإن قلنا بالأول سئل الزوج فإن أنكر ولم تكن بينة فالقول قوله من غير يمين لانه إذا لم تستحلف المرأة والحق عليها فلأن لا يستحلف من الحق له وهو ينكره أولى ، ويحتمل أن يستحلف لأن دعواها إنما سمعت لتضمنها دعوى حقوق مالية تشرع فيها اليمين ، وإن قامت البينة بالنكاح ثبت لها ما تضمنه النكاح من حقوقها .

فأما إباحتها له فتنبنى على باطن الامر فان علم أنها زوجته حلت له لان إنكاره النكاح ليس بطلاق ولا نوى به الطلاق ، وإن علم أنها ليست امرأته اما لعدم العقد أو لبينونتها منه لم تحل له ، وهل يمكن منها فى الظاهر يحتمل وجهين :

أحدهما يمكن منها لان الحاكم قد حكم بالزوجية

والثانى لا يمكن منها لإقراره على نفسه بتحريمها عليه فيقبل قوله فى حق نفسه دون ما عليه كما لو تزوج امرأة ثم قال هى أختى من الرضاعة .

فاذا ثبت هذا فان دعواها النكاح كدعوى الزوج فيما ذكرنا من الكشف عن سبب النكاح وشرائط العقد ، ومذهب الشافعى قريب مما ذكرنا فى هذا الفصل .

(فصل) فأما سائر العقود غير النكاح كالبيع والاجارة والصلح وغيرها فلا يفتقر إلى الكشف وذكر الشروط فى أصح الوجهين لانها لا يحتاط لها ولا تفتقر

الى الولى والشهود فلم تفتقر الى الكشف كدعوى العين ، وسواء كان المبيع جارية أو غيرها لأنها مبيع فأشبهت الجارية ، وكذلك اذا كان المدعى عينا أو دينا لم يحتج الى ذكر السبب ، لأن أسباب ذلك تكثر ولا تنحصر ، وربما خفى على المستحق سبب استحقاقه فلا يكلف بيانه ، ويكفيه أن يقول أستحق هذه العين التى فى يده أو أستحق كذا وكذا فى ذمته ، ويقول فى البيع انى اشتريت منه هذه الجارية بألف درهم أو بعتها منه بذلك ، ولا يحتاج أن يقول وهى ملكه أو وهى ملكى ونحن جائز الامر وتفرقنا عن تراض .

وذكر أبو الخطاب فى العقود وجها آخر أنه يشترط ذكر شروطها قياسا على النكاح . وذكر أصحاب الشافعى هذين الوجهين ووجها ثالثا أنه ان كان المبيع جارية اشترط ذكر شروط البيع لانه عقد يستباح به الوطء فأشبه النكاح ، وان كان المبيع غيرها لم يشترط لعدم ذلك ، والاول أولى لانها دعوى فيها لا يشترط فيه الولى والشهود أشبه دعوى العين ، وما لزم ذكره فى الدعوى فلم يذكره سأله الحاكم عنه لتصير الدعوى معلومة فيمكن الحاكم الحكم بها ، وقد ذكرنا سائر الدعاوى فيما سبق بما أغنى عن اعادته ههنا

« مسألة » قال (ومن ادعى دابة فى يد رجل فأنكر وأقام كل واحد منهما بينة حكم بها للمدعى ببينته ولم يلتفت الى بينة المدعى عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم أمرنا بسماع بينة المدعى ويمين المدعى عليه ، وسواء شهدت بينة المدعى عليه أنها له أو قالت ولدت فى ملكه عليه)

وجملة ذلك أن من ادعى شيئا فى يد غيره فأنكره ولكل واحد منهما بينة فان بينة المدعى تسمى بينة الخارج وبينة المدعى عليه تسمى بينة الداخل ، وقد اختلفت الرواية عن أحمد فيما اذا تعارضتا ، فالمشهور عنه تقديم بينة المدعى ولا تسمع بينة المدعى عليه بحال ، وهذا قول اسحاق

وعنه رواية ثانية : ان شهدت بينة الداخل بسبب الملك وقالت نتجت فى ملكه أو اشتراها أو نسجها ، أو كانت بينته أقدم تاريخا قدمت والا قدمت بينة

المدعى ، وهو قول أبي حنيفة وأبي ثور فى النتاج والنساج فيما لا يتكرر نسجه . فأما مايتكرر نسجه كالصوف والخز فلا تسمع بينته لأنها إذا شهدت بالسبب فقد أفادت مالا تفيده اليد .

وقد روى جابر بن عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم اختصم اليه رجلان فى دابة أو بعير فأقام كل واحد منهما البينة بأنها له أنتجها ، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذى هى فى يده »

وذكر أبو الخطاب روايه ثالثة أن بينة المدعى عليه تقدم بكل حال ، وهو قول شريح والشعبي والنخعي والحكم والشافعي وأبو عبيد ، وقال هو قول أهل المدينة وأهل الشام . وروى عن طاوس ، وأنكر القاضي كون هذا رواية عن أحمد ، وقال لا تقبل بينة الداخل إذا لم تفد إلا ما أفادته يده ، رواية واحدة ، واحتج من ذهب الى هـذا القول بأن جنبة المدعى عليه أقوى لأن الأصل معه ويمينه تقدم على يمين المدعى ، فإذا تعارضت البينتان وجب ابقاء يده على ما فيها وتقديمه كما لو لم تكن بينة لواحد منهما ، وحديث جابر يدل على هـذا ، فإنه انما قدمت بينته ليده .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه» فجعل جنس البينة فى جنبة المدعى فلا يبقى فى جنبة المدعى عليه بينة ، ولأن بينة المدعى أكثر فائدة فوجب تقديمها كتقديم بينة الجرح على التعديل ، ودليل كثرة فائدتها أنها تثبت شيئا لم يكن وبينة المنكر انما تثبت ظاهراً تدل اليد عليه فلم تكن مفيدة ، ولأن الشهادة بالملك يجوز أن يكون مستندها رؤية اليد والتصرف ، فإن ذلك جائز عند كثير من أهل العلم ، فصارت البينة بمنزلة اليد المفردة فتقدم عليها بينة المدعى كما تقدم على اليد ، كما أن شاهدى الفرع لما كانا مبنيين على شاهدى الاصل لم تكن لهما مزية عليهما

(فصل) وأى البينتين قدمناها لم يحلف صاحبها معها ، وقال الشافعي فى أحد قوليه يستحلف صاحب اليد لان البينتين سقطتا بتعارضهما فصارا كمن لا بينة لهما فيحلف الداخل كما لو لم تكن لواحد منهما بينة

ولنا أن احدى البينتين راجحة فيجب الحكم بها منفردة كما لو تعارض

خبران خاص وعام أو أحدهما أرجح بوجه من الوجوه ، ولا نسلم أن البينة الراجحة تسقط وانما ترجح ويعمل بها وتسقط المرجوحة

(فصـــل) فإن كانت البينة لأحدهما دون الآخر نظرت فإن كانت البينة المدعى وحده حكم بها ولم يحلف بغير خلاف في المذهب ، وهو قول أهل الفتيا من أهل الامصار ، منهم الزهري وأبو حنيفة ومالك والشافعي

وقال شريح وعون بن عبد الله والنخعي والشعبي وابن أبي ليلى : يستحلف الرجل مع بينته . قال شريح لرجل : لو أثبت عندي كذا وكذا شاهدا ماقضيت لك حتى تحلف .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي « بينتك أو يمينه ليس لك الا ذلك » وقول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » ولأن البينة احدى حجتي الدعوى فيكتفى بها كاليمين . قال أصحابنا ولا فرق بين الحاضر والغائب والحي والميت والصغير والكبير والمجنون والمكلف .

وقال الشافعي : اذا كان المشهود عليه لا يعبر عن نفسه أحلف المشهود له لانه لا يمكنه أن يعبر عن نفسه في دعوى القضاء والابراء فيقوم الحاكم مقامه في ذلك لتزول الشبهة وهذا حسن فان قيام البينة للمدعي بثبوت حقه لا ينفي احتمال القضاء والابراء ، بدليل أن المدعى عليه لو ادعاه سمعت دعواه وبينته ، فان كان حاضراً مكلفا فسكوته عن دعوى ذلك دليل على انتفائه فيكتفى بالبينة . وان كان غائبا أو ممن لاقول له نفي احتمال ذلك من غير دليل يدل على انتفائه فتشرع اليمين لنفيه ، وان لم تكن للمدعي بينة وكانت للمنكر بينة سمعت بينته ولم يحتج الى الحلف معها لأنا ان قلنا بتقديمها مع التعارض وأنه لا يحلف معها فمع انفرادها أولى . وان قلنا بتقديم بينة المدعى عليه فيجب أن يكتفى بها عن اليمين لانها أقوى من اليمين ، فاذا اكتفي باليمين فيما هو أقوى منها أولى ، ويحتمل أن تشرع اليمين أيضا لان البينة ههنا يحتمل أن تكون مستندها اليد والتصرف فلا تفيد الا ماأفادته اليد والتصرف وذلك لا يغني عن اليمين فكذلك ما قام مقامه

(فصل) وان ادعى الخارج أن الدابة ملكه وأنه أودعها للداخل أو أعاره اياها أو آجرها منه ولم يكن لواحد منهما بينة فالقول قول المنكر مع يمينه ولا نعلم فيه

خلافا ، وان كان لكل واحد منهما بينة فبينة الخارج مقدمة ، وهذا قول الشافعي وقال القاضي بينة الداخل مقدمة لأنه هو الخارج في المعنى لأنه ثبت ان المدعي صاحب اليد وأن يد الداخل نائبة عنه .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعي » ولأن اليمين في حق المدعى عليه فتكون البينة المدعي كما لو لم يدع الإيداع ؛ يحققه ان دعواه الإيداع زيادة في حجته وشهادة البينة بها تقوية لها فلا يجوز ان تكون مبطلة لبينته ، وان ادعى الخارج ان الداخل غصبه إياها وأقاما بينتين فهي للخارج ويقتضي قول القاضي أنها للداخل والأولى ما ذكرناه .

(فصل) فإن كان في يد رجل جلد شاة مسلوخة ورأسها وسواقطها وباقيها في يد آخر فادعاها كل واحد منهما كلها ولا بينة لواحد منهما فلكل واحد منهما ما في يده مع يمينه ، وإن أقاما بينتين وقلنا تقدم بينة الخارج فلكل واحد منهما ما في يد صاحبه ، وان قلنا تقدم بينة الداخل فلكل واحد منهما ما في يده من غير يمين .

فصل

فإن كان في يد كل واحد منهما شاة فادعى كل واحد منهما ان الشاة التي في يد صاحبه له ولا بينة لهما حلف كل واحد منهما لصاحبه وكانت الشاة التي في يده له ، وإن أقاما بينتين فلكل واحد منهما الشاة التي في يد صاحبه ولا تعارض بينهما وان كان كل واحد منهما قال هذه الشاة التي في يدك لي من نتاج شاتي هذه فالتعارض في النتاج لا في الملك ، إذ يستحيل ان يكون كل واحد منهما ينتج الأخرى والحكم على ما تقدم .

وان ادعى كل واحد منهما ان الشاتين لي دون صاحبي وأقاما بينتين تعارضتا وانبنى ذلك على القول في بينة الداخل والخارج فمن قدم بينة الخارج جعل لكل واحد منهما ما في يد الآخر ومن قدم بينة الداخل أو قدمها اذا شهدت بالنتاج جعل لكل واحد منهما ما في يده .

(فصل) واذا ادعى زيد شاة في يد عمرو وأقام بها بينة فحكم له بها حاكم ثم ادعاها عمرو على زيد وأقام بها بينة ، فإن قلنا بينة الخارج مقدمة لم تسمع بينة عمرو

لان بينة زيد مقدمة عليها ، وان قلنا بينه الداخل مقدمة نظرنا فى الحكم كيف وقع فإن كان حكم بها لزيد لأن عمراً لا بينة له ردت الى عمرو لانه قد قامت له بينة واليد كانت له ، وان حكم بها لزيد لانه يرى تقديم بينة الخارج لم ينقض حكمه لانه حكم بمايسوغ الاجتهاد فيه ، وان كانت بينة عمرو قد شهدت له أيضاً وردها الحاكم لفسقها ثم عدلت لم ينقض الحكم أيضا لان الفاسق اذا ردت شهادته لفسقه ثم أعادها بعد لم تقبل ، وان لم يعلم الحكم كيف كان لم ينقض لان حكم الحاكم الاصل جريانه على العدل والانصاف والصحة فلا ينقض بالاحتمال ، فإن جاء ثالث فادعاها وأقام بها بينة فبينته وبينة زيد متعارضتان ولا يحتاج زيد الى اقامة بينته لانها قد شهدت مرة وهما سواء فى الشهادة حال التنازع فلم يحتج الى اعادتها كالبينة اذا شهدت ووقف الحكم على البحث عن حالها ثم بانت عدالتها فإنها تقبل ويحكم من غير اعادة شهادتها . كذا ههنا

فصل

واذا كان فى يد رجل شاة فادعاها رجل أنها له منذ سنة وأقام بذلك بينة ، وادعى الذى هى فى يده أنها فى يده منذ سنتين وأقام بذلك بينة فهى للمدعى بغير خلاف . لان بينته تشهد له بالملك وبينة الداخل تشهد باليد خاصة ، فلا تعارض بينهما لإمكان الجمع بينهما بأن تكون اليد على غير ملك فكانت بينة الملك أولى ، فان شهدت بينة بأنها ملكه منذ سنتين فقد تعارض ترجيحان تقدم التاريخ من جهة بينة الداخل وكون الاخرى بينة الخارج ففيه روايتان .

احداهما : تقدم بينة الخارج ، وهو قول أبى يوسف ومحمد وأبى ثور ويقتضيه عموم كلام الخرقى لقوله صلى الله عليه وسلم «البينة على المدعى» ولان بينة الداخل يجوز ان يكون مستندها اليد فلا تفيد أكثر مما تفيده اليد أشبهت الصورة التى قبلها

والثانية : تقدم بينة الداخل وهو قول أبى حنيفة والشافعى لانها تضمنت زيادة ، فان كانت بالعكس فشهدت بينة الداخل أنه يملكها منذ سنة وشهدت بينة الخارج أنه يملكها منذ سنتين قدمت بينة الخارج الا على الرواية التى تقدم فيها بينة الداخل فيخرج فيها وجهان بناء على الروايتين فى التى قبلها ، وظاهر مذهب الشافعى تقديم بينة الداخل على كل حال وقال بعضهم فيها قولان

وإن ادعى الخارج أنها ملكه منذ سنة وادعى الداخل أنه اشتراها منه منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة الداخل ، ذكره القاضى وهو قول أبى ثور فإن اتفق تاريخ السنين إلا أن بينة الداخل تشهد بنتاج أو بشراء أو غنيمة أو إرث أو هبة من مالك أو قطيعة من الامام أو سبب من أسباب الملك ففى أيهما تقدم روايتان ذكرناهما . وإن ادعى أحدهما انه اشتراها من الآخر قضى له بها لأن بينة الابتياع شهدت بأمر حادث خفى على البينة الأخرى فقدمت عليها كتقديم بينة الجرح على بينة التعديل .

« مسألة » قال (ولو كانت الدابة فى أيديهما فأقام أحدهما البينة أنها له وأقام الآخر البينة أنها له نتجت فى ملكه سقطت البينتان وكانا كمن لا بينة لهما وكانت اليمين لكل واحد منهما على صاحبه فى النصف المحكوم له به)

وجملته أنه إذا تنازع رجلان فى عين فى أيديهما فادعى كل واحد منهما أنها ملكه دون صاحبه ولم تكن لها بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وجعلت بينهما نصفين ، لا نعلم فى هذا خلافا ، لأن يد كل واحد منهما على نصفها والقول قول صاحب اليد مع يمينه ، وإن نكلا جميعا عن اليمين فهى بينهما أيضا ، لأن كل واحد منهما يستحق ما فى يد الآخر بنكوله .

وإن نكل أحدهما وحلف الآخر قضى له بجميعها لأنه يستحق ما فى يده بيمينه وما فى يد صاحبه إما بنكوله وإما بيمينه التى ردت عليه عند نكول صاحبه وإن كانت لإحداهما بينة دون الآخر حكم له بها لا نعلم فى هذا خلافا . وإن أقام كل واحد منهما بينة وتساوتا تعارضت البينتان وقسمت العين بينهما نصفين ، وبهذا قال الشافعى وأبو ثور وأصحاب الرأى لما روى أبو موسى رضى الله عنه « أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بعير فأقام كل واحد منهما شاهدين ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبعير بينهما نصفين » رواه أبو داود ، ولأن كل واحد منهما داخل فى نصف العين خارج عن نصفها فتقدم بينة كل واحد منهما فيما فى يده عند من يقدم بينة الداخل وفيما فى يد صاحبه عند من يقدم بينة الخارج فيستويان على كل واحد من القولين

وذكر أبو الخطاب فيها رواية أخرى أنه يقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته حلف أنها لا حق للآخر فيها وكانت العين له كما لو كانت فى يد غيرهما ، والأول أصح للخبر والمعنى .

واختلفت الرواية هل يحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به أو يكون له من غير يمين ، فروى أنه يحلف ، وهذا ذكره الخرقى لأن البينتين لما تعارضتا من غير ترجيح وجب إسقاطها كالخبرين إذا تعارضا وتساويا ، وإذا سقطا صار المختلفان كمن لا بينة لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به . وهذا أحد قولى الشافعى بناء على أن اليمين تجب على الداخل مع بينته وكل واحد منهما داخل فى نصفها فيحكم له به ببينته ويحلف معها فى أحد القولين .

والرواية الأخرى أن العين تقسم بينهما من غير يمين ، وهو قول مالك وأبى حنيفة وأحد قولى الشافعى ، وهو أصح للخبر والمعنى الذى ذكرناه ، ولا يصح قياس هاتين البينتين على الخبرين المتساويين لأن كل بينة راجحة فى نصف العين على كل واحد من القولين ، وقد ذكرنا أن البينة الراجحة يحكم بها من غير حاجة الى يمين .

فأما إن شهدت احدى البينتين بأن العين لهذا وشهدت الاخرى أنها لهذا الآخر نتجت فى ملكه فقد ذكرنا فى الترجيح بهذا روايتين :

احداهما لا يرجح به وهو اختيار الخرقى لأنهما تساويا فيما يرجع الى المختلف فيه وهو ملك العين الآن فوجب تساويهما فى الحكم

والثانية تقدم بينة النتاج وما فى معناه ، وهو مذهب أبى حنيفة لأنها تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب ، والاخرى خفى عليها ذلك فيحتمل أن تكون شهادتهما مستندة الى مجرد اليد والتصرف فتقدم الاولى عليها كتقدم بينة الجرح على التعديل ، وهذا قول القاضى فيما اذا كانت العين فى يد غيرهما .

(فصل) فإن شهدت احداهما أنها له منذ سنة وشهدت الاخرى أنها له منذ سنتين فظاهر كلام الخرقى التسوية بينهما وهو أحد قولى الشافعى . وقال القاضى قياس المذهب تقديم أقدمهما تاريخا ، وهو قول أبى حنيفة والقول الثانى للشافعى لأن المتقدمة التاريخ أثبتت الملك له فى وقت لم تعارضه فيه البينة الاخرى فيثبت

الملك فيه ولهذا له المطالبة بالنماء فى ذلك الزمان ، وتعارضت البينتان فى الملك فى الحال فسقطتا وبقى ملك السابق تجب استدامته وأن لا يثبت لغيره ملك إلا من جهته . ووجه قول الخرقى أن الشاهد بالملك الحادث أحق بالترجيح لجواز أن يعلم به دون الأول ، ولهذا لو ذكر أنه اشتراه من الاخر أو وهبه له لقدمت بينته اتفاقا فإذا لم ترجح بهذا فلا أقل من التساوى

وقولهم إنه يثبت الملك فى الزمن الماضى من غير معارضة . قلنا إنما يثبت تبعا لثبوته فى الحال ، ولو انفرد بأن يدعى الملك فى الماضى لم تسمع دعواه ولا بينته فإن وقتت إحداهما وأطلقت الأخرى فهما سواء . ذكره القاضى

وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يحكم به لمن لم يوقت ، وهو قول أبى يوسف ومحمد . ولنا أنه ليس فى إحداهما ما يقتضى الترجيح من تقدم الملك ولا غيره فوجب استواؤهما كما لو أطلقتا أو استوى تاريخهما

(فصل) ولا ترجح إحدى البينتين بكثرة العدد ولا اشتهار العدالة ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى ويتخرج أن ترجح بذلك مأخوذاً من قول الخرقى ويتبع الاعمى أوثقهما فى نفسه . وهذاقول مالك لأن أحد الخبرين يرجح بذلك فكذلك الشهادة لأنها خبر ، ولان الشهادة إنما اعتبرت لغلبة الظن بالمشهود به ، وإذا كثر العدد أو قويت العدالة كان الظن به أقوى ، وقال الاوزاعى يقسم على عدد الشهود فإذا شهد لاحدهما شاهدان والاخر أربعة قسمت العين بينهما أثلاثاً لان الشهادة سبب الاستحقاق فيوزع الحق عليها .

ولنا أن الشهادة مقدرة بالشرع فلا تختلف بالزيادة كالدية ، وتخالف الخبر فإنه يجتهد فى قبول خبر الواحد دون العدد فرجح بالزيادة ، والشهادة يتفق فيها على خبر الاثنين فصار الحكم متعلقا بها دون اعتبار الظن . ألا ترى انه لو شهد النساء منفردات لا تقبل شهادتهن وان كثرن ، حتى صار الظن بشهادتهن أغلب من شهادة الذكرين ؟

وعلى هذا لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين فى المال لأن كل واحدة من البينتين حجة فى المال فاذا اجتمعتا تعارضتا ، فأما ان كان لاحدهما شاهدان وللآخر شاهد فبذل يمينه معه ففيه وجهان :

أحدهما : يتعارضان لأن كل واحد منهما حجة بمفرده فأشبها الرجلين مع الرجل والمرأتين .

والثاني : يقدم الشاهدان لأنهما حجة متفق عليها والشاهد واليمين مختلف فيها ولأن اليمين قوله لنفسه والبينة الكاملة شهادة الأجنبيين فيجب تقديمها كتقديمها على يمين المنكر ، وهذا الوجه أصح ان شاء الله ، وللشافعي قولان كالوجهين .

(فصل) وإذا كان في أيديهما دار فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها ولا بينة لهما فهي بينهما نصفين . نص عليه أحمد وعلى مدعي النصف اليمين لصاحبه ولا يمين على الآخر ، لأن النصف المحكوم له به لا منازع له فيه ، ولا نعلم في هذا خلافا إلا أنه حكي عن ابن شبرمة أن لمدعي الكل ثلاثة أرباعها لأن النصف له لا منازع فيه والنصف الاخر يقسم بينهما على حسب دعواهما فيه .

ولنا ان يد مدعي النصف على ما يدعيه فكان القول قوله فيه مع يمينه كسائر الدعاوى ، فإن كان لكل واحد منهما بينة بما يدعيه فقد تعارضت بينتاهما فالنصف لمدعي الكل والنصف الاخر ينبني على الخلاف في أي البينتين تقدم . وظاهر المذهب تقديم بينة المدعي ، فتكون الدار كلها لمدعي الكل ، وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه ، فإن كانت الدار في يد ثالث لا يدعيها فالنصف لصاحب الكل لا منازع له فيه ويقرع بينهما في النصف الآخر ، فمن خرجت له القرعة حلف وكان له ، وان كان لكل واحد بينة تعارضتا وسقطتا وصارا كمن لا بينة لهما . وإن قلنا : تستعمل البينتان أقرع بينهما وقدم من تقع له القرعة في أحد الوجهين . والثاني : يقسم النصف المختلف فيه بينهما فيصير لمدعي الكل ثلاثة أرباعها .

(فصـــل)

فإن كانت الدار في يد ثلاثة ادعى أحدهم نصفها وادعى الاخر ثلثها وادعى الاخر سدسها ، فهذا اتفاق منهم على كيفية ملكهم ، وليس ههنا اختلاف ولا تجاحد ، فإن ادعى كل واحد منهم ان باقي الدار وديعة او عارية معي وكانت لكل واحد منهم بما ادعاه من الملك بينة قضي له به لأن بينته تشهد له بما ادعاه ولا معارض لها ، وان لم تكن لواحد منهما بينة حلف كل واحد منهم وأقر في يده ثلثها .

(فصل) فإن ادعى أحدهم جميعها وادعى الاخر نصفها والاخر ثلثها ، فإن لم تكن لواحد منهم بينة قسمت بينهم أثلاثا وعلى كل واحد منهم اليمين على ما حكم له به لأن يد كل واحد منهم على ثلثها ، وإن كانت لأحدهم بينة نظرت فان كانت لمدعي الجميع فهي له ، وإن كانت لمدعي النصف أخذه والباقي بين الاخرين نصفين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على نصف السدس ويحلف الاخر على الربع الذي يأخذه جميعه، فان كانت البينة لمدعي الثلث أخذه والباقي بين الاخرين لمدعي الكل السدس بغير يمين ويحلف على السدس الاخر ويحلف الاخر على جميع ما يأخذه ، وان كانت لكل واحد بما يدعيه بينة .

فان قلنا : تقدم بينة صاحب اليد قسمت بينهم أثلاثا لأن يد كل واحد منهم على الثلث .

وان قلنا : تقدم بينة الخارج فينبغي ان تسقط بينة صاحب الثلث لانها داخلة ولمدعي النصف السدس لان بينته خارجة فيه ولمدعي الكل خمسة أسداس لان له السدس بغير بينة لكونه لا منازع له فيه فان أحداً لا يدعيه وله الثلثان لكون بينته خارجة عنهما .

وقيل: بل لمدعي الثلث السدس لان بينة مدعي الكل ومدعي النصف تعارضتا فيه فتساقطتا وبقي لمن هو في يده ولا شيء لمدعي النصف لعدم ذلك فيه ، وسواء كان لمدعي الثلث بينة أو لم تكن ، وإن كانت العين في يد غيرهم واعترف أنه لا يملكها ولا بينة لهم فالنصف لمدعي الكل لانه ليس منهم من يدعيه ويقرع بينهم في النصف الباقي ، فان خرجت القرعة لصاحب الكل أو لصاحب النصف حلف وأخذه ، وان خرجت لصاحب الثلث حلف وأخذ الثلث ثم يقرع بين الاخرين في السدس فمن قرع صاحبه حلف وأخذه .

وان أقام كل واحد منهم بينة بما ادعاه فالنصف لمدعي الكل لما ذكرنا والسدس الزائد يتنازعه مدعي الكل ومدعي النصف والثلث يدعيه الثلاثة، وقد تعارضت البينات فيه ، فان قلنا تسقط البينات أقرعنا بين المتنازعين فيما تنازعوا فيه فمن قرع صاحبه حلف وأخذه ويكون الحكم فيه كما لو لم تكن لهم بينة ، وهذا قول أبي عبيد وقول الشافعي اذ كان بالعراق .

وعلى الرواية التي تقول إذا تعارضت البينات قسمت العين بين المتداعين ، فلمدعى الكل النصف ونصف السدس الزائد عن الثلث وثلث الثلث ، ولمدعى النصف نصف السدس وثلث الثلث ، ولمدعى الثلث ثلثه وهو التسع فتخرج المسألة من ستة وثلاثين سهما ، لمدعى الكل النصف ثمانية عشر سهما ونصف السدس ثلاثة والتسع أربعة فذلك خمسة وعشرون سهما، ولصاحب النصف سبعة ولمدعى الثلث أربعة وهو التسع ، وهذا قياس قول قتادة والحارث العكلى وابن شبرمة وحماد وأبي حنيفة وهو قول للشافعي

وقال أبو ثور : يأخذ مدعى الكل النصف ويوقف الباقى حتى يتبين ، ويروى هذا عن مالك وهو قول للشافعي .

وقال ابن أبى ليلى وقوم من أهل العراق : تقسم العين بينهم على حسب عول الفرائض ، لصاحب الكل ستة ، ولصاحب النصف ثلاثة ولصاحب الثلث سهمان فتصح من أحد عشر سهما .

وسئل سهل بن عبد الله بن أبي أوس عن ثلاثة ادعوا كيسا وهو بأيديهم ولا بينة لهم وحلف كل واحد منهم على ما ادعاه ، ادعى أحدهم جميعه ، وادعى آخر ثلثيه ، وادعى آخر نصفه ، فأجاب فيهم بشعر يقول :

نظرت أبا يعقوب فى الحسب التى	طرت فأقامت منهم كل قاعد
فللمدعى الثلثين ثلث وللذى	استلاط جميع المال عند التحاشد
من المال نصف غير ما سينوبه	وحصته من نصف ذا المال زائد
وللمدعى نصفا من المال ربعه	ويؤخذ نصف السدس من كل واحد

وهذا قول من قسم المال بينهم على حسب العول فكأن المسألة عالت من ستة إلى ثلاثة عشر ، وذلك أنه أخذ مخرج الكسور وهى سته فجعلها لمدعى الكل ، وثلثاها أربعة لمدعى الثلثين ونصفها ثلاثة لمدعى النصف صارت ثلاثة عشر

(فصل) فان كانت الدار فى أيدى أربعة فادعى أحدهم جميعها والثانى ثلثيها والثالث نصفها والرابع ثلثها ولا بينة لهم حلف كل واحد وله ربعها لأنها فى يده فالقول قول صاحب اليد مع يمينه ، وان أقام كل واحد منهم بما ادعاه بينة قسمت

بينهم أرباعا أيضاً لأننا إن قلنا تقدم بينة الداخل فكل واحد منهم داخل في ربعها فتقدم بينته فيه .

وإن قلنا تقدم بينة الخارج فإن الرجلين إذا ادعيا عينا في يد غيرهما فأنكرهما وأقام كل واحد منهما بينة بدعواه تعارضتا وأقر الشيء في يد من هو في يده . وإن كانت الدار في يد خامس لا يدعيها ولا بينة لواحد منهم بالادعاء فالثلث لمدعي الكل لأن أحداً لا ينازعه فيه ، ويقرع بينهم في الباقي فإن خرجت القرعة لصاحب الكل أو لمدعي الثلثين أخذه ، وإن وقعت لمدعي النصف أخذه وأقرع بين الباقين في الباقي ، وإن وقعت لصاحب الثلث أخذه وأقرع بين الثلاثة في الثلث الباقي . وهذا قول أبي عبيد والشافعي إذ كان بالعراق . إلا أنهم عبروا عنه بعبارة أخرى فقالوا لمدعي الكل الثلث ويقرع بينه وبين مدعي الثلثين في السدس الزائد عن النصف ثم يقرع بينهما وبين مدعي النصف في السدس الزائد عن الثلث ثم يقرع بين الأربعة في الثلث الباقي ويكون الاقراع في ثلاثة مواضع

وعلى الرواية الأخرى الثلث لمدعي الكل ويقسم السدس الزائد عن النصف بينه وبين مدعي الثلثين ثم يقسم السدس الزائد عن الثلث بينهما وبين مدعي النصف أثلاثا ثم يقسم الثلث الباقي بين الاربعة أرباعا

وتصح المسئلة من ستة وثلاثين سهما لصاحب الكل ثلثها اثنا عشر . ونصف السدس الزائد على النصف ثلاثة وثلث السدس الزائد عن الثلث سهمان وربع الثلث الباقي ثلاثة فيحصل له عشرون سهما وهي خمسة أتساع الدار ولمدعي الثلثين ثمانية أسهم تسعان وهي مثل ما لمدعي الكل بعد الثلث الذي انفرد به ولمدعي النصف خمسة أسهم : تسع وربع تسع ولمدعي الثلث ثلاثة نصف السدس ، وعلى قول من قسمها على العول هي من خمسة عشر ، لصاحب الكل ستة ولصاحب الثلثين أربعه ولصاحب النصف ثلاثه ولصاحب الثلث سهمان . وعلى قول أبي ثور لصاحب الكل الثلث ويوقف الباقي حتى يتبين

« مسئلة » قال (ولو كانت الدابة في يد غيرهما واعترف أنه لا يملكها وأنها لأحدهما لا يعرفه عينا قرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه)

وجملته أن الرجلين إذا تداعيا عينا فى يد غيرهما ولا بينة لهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه بغير خلاف نعلمه، وإن اعترف انه لايملكها وقال لاأعرف صاحبها أو قال هى لأحدكما لاأعرفه عينا أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف أنها له وسلمت اليه لما روى أبو هريرة «أن رجلين تداعيا عينا لم تكن لواحد منهما بينة فأمرهما النبى صلى الله عليه وسلم أن يستهما على اليمين أحبا أم كرها» رواه أبو داود، ولأنهما تساويا فى الدعوى ولا بينة لواحد منهما ولا يد والقرعة تميز عند التساوى كما لو أعتق عبيداً لا مال له غيرهم فى مرض موته، وأما إن كانت لأحدهما بينة حكم بها بغير خلاف نعلمه، وإن كانت لكل واحد منهما بينة ففيه روايتان ذكرهما أبو الخطاب.

إحداهما: تسقط البينتان ويقترع المدعيان على اليمين كما لو لم تكن بينة وهذا الذى ذكره القاضى، وهو ظاهر كلام الخرقى لأنه ذكر القرعه ولم يفرق بين أن تكون معهما بينة أو لم تكن.

وروى هذا عن ابن عمر وابن الزبير وبه قال إسحاق وأبو عبيد وهو رواية عن مالك وقديم قولى الشافعى، وذلك لما روى ابن المسيب «أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى أمر وجاء كل منهما بشهود عدول على عدة واحدة فأسهم النبى صلى الله عليه وسلم بينهما» رواه الشافعى فى مسنده، ولأن البينتين حجتان تعارضتا من غير ترجيح لإحداهما على الأخرى فسقطتا كالخبرين

والرواية الثانية: تستعمل البينتان، وفى كيفية استعمالها روايتان

إحداهما: تقسم العين بينهما، وهو قول الحارث العكلى وقتادة وابن شبرمة وحماد وأبى حنيفة وقول للشافعى، لما روى ابو موسى «أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بعير وأقام كل واحد منهما البينة انه له، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم به بينهما نصفين» ولأنهما تساويا فى دعواه فيتساويان فى قسمته.

والرواية الثانية: تقدم إحداهما بالقرعة وهو قول الشافعى، وله قول رابع يوقف الامر حتى يتبين، وهو قول أبى ثور لأنه اشتبه الامر فوجب التوقف كالحاكم اذا لم يتضح له الحكم فى قضيته.

ولنا الخبران وأن تعارض الحجتين لا يوجب التوقف كالخبرين ، بل إذا تعذر الترجيح أسقطناهما ورجعنا الى دليل غيرهما .

اذا ثبت هذا فإننا اذا قلنا إن البينتين تسقطان أقرع بينهما فمن خرجت له قرعته حلف وأخذها كما لو لم تكن لهما بينة ، وان قلنا يعمل بالبينتين ويقرع بينهما فمن خرجت له القرعة أخذها من غير يمين ، وهذا قول الشافعي لأن البينة تغني عن اليمين .

وقال أبو الخطاب عليه اليمين مع البينة ترجيحا لها ، وعلى هذا القول تكون هذه الرواية كالأولى فى هذا الحكم، وإنما يظهر الفرق بينهما فى شيء آخر سنذكره ان شاء الله تعالى .

(فصل) فان أنكرهما من العين فى يده وكانت لأحدهما بينة حكم له بها . وان أقام كل واحد منهما بينة فان قلنا تستعمل البينتان أخذت العين من يده وقسمت بينهما على قول من يرى القسمة، أو تدفع الى من تخرج له القرعة على قول من يرى ذلك ، وان قلنا تسقط البينتان حلف صاحب اليد وأقرت فى يده كما لو لم تكن لهما بينه ، وان أقر بها بعد ذلك لهما أو لاحدهما قبل اقراره ، وان أقر بها فى الابتداء لاحدهما صار المقر له صاحب اليد ، لان من هى فى يده مقر بأن يده نائبة عن يده ، وان أقر لهما جميعا فاليد لكل واحد منهما فى الجزء الذى أقر له به لذلك .

(فصل) وان تداعيا عينا فى يد غيرهما فقال هى لاحدكما لا أعرفه عينا ، أو قال لا أعرف صاحبها أهو أحدكما أو غيركما ، أو قال أودعنيها أحدكما أو رجل لا أعرفه عينا، فادعى كل واحد منهما أنك تعلم أنى صاحبها أو أنى الذى أودعتكها أو طلبت يمينه لزمه ان يحلف له لانه لو أقر له لزمه تسليمها إليه ، ومن لزمه الحق مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ويحلف على ما ادعاه من نفى العلم ، وإن صدقاه فلا يمين عليه، وان صدقه أحدهما حلف للآخر وان أقر بها لواحد منهما أوغيرهما صار المقر له صاحب اليد .

فان قال غير المقر لهاحلف لى أن العين ليست ملكى أو أنى لست الذى اودعتكها لزمه اليمين على ما ادعاه من ذلك لما ذكرنا ، وان نكل عن اليمين قضى عليه بقيمتها

وان اعترف بها لهما كان الحكم فيها كالو كانت فى أيديهما ابتداء وعليه اليمين لكل واحد منهما فى النصف المحكوم به لصاحبه وعلى كل واحد منهما اليمين لصاحبه فى النصف المحكوم له به .

(فصل) واذا كان فى يد رجل دار فادعاها نفسان قال أحدهما آجرتكها وقال الاخر هى دارى أعرتكها ، أو قال هى دارى ورثتها من أبى أو قال هى دارى ولم يذكر شيئاً آخر فأنكرهما صاحب اليد وقال هى دارى فالقول قوله مع يمينه ، وإن كان لاحدهما بينة حكم له بها ، وان أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينة تعارضتا وكان الحكم على ما ذكرنا فيما مضى إلا على الرواية التى تقدم فيها البينة الشاهدة بالسبب، فان بينة من ادعى أنه ورثها مقدمة لشهادتها بالسبب وان أقام أحدهما بينة أنه غصبها منه وأقام الاخر بينة أنه أقر له بها فهى للمغصوب منه ولا تعارض بينهما ، لان الجمع بينهما ممكن بأن يكون غصبها من هذا وأقر بها لغيره وإقرار الغاصب باطل ، وهذا مذهب الشافعى، فتدفع الى المغصوب منه ولا يغرم المقر له شيئا ، لانه ما حال بينه وبينها ، وانما حالت البينة بينهما .

ولو أقر بها لاحدهما او أقر أنه غصبها من غيره لزمه تسليمها الى من أقر له بها أولا ولزمه غرامتها للآخر لانه حال بينه وبينها باقراره الاول

(فصـــل)

نقل ابن منصور عن أحمد فى رجل أخذ من رجلين ثوبين أحدهما بعشرة والاخر بعشرين ثم لم يدر أيهما ثوب هذا من ثوب هذا ، فادعى أحدهما ثوبا من هذين الثوبين، يعنى وادعاه الاخر، يقرع بينهما فأيهما أصابته القرعة حلف وكان الثوب الجيد له والاخر للآخر ، وانما قال ذلك لانهما تنازعا عينا فى يد غيرهما .

(فصل) اذا تداعيا عينا فقال كل واحد منهما هذه العين لى اشتريتها من زيد بمائة ونقدته اياها ولا بينة لواحد منهما ، فان أنكرهما زيد حلف وكانت العين له ، وان اقر بها لاحدهما سلمها اليه وحلف للآخر ، وان أقر لكل واحد منهما بنصفها سلمت اليهما وحلف لكل واحد منهما على نصفها ، وان قال لا أعلم لمن هى منكما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذها ، وان حلف البائع أنها له ثم أقر بها لاحدهما سلمت اليه ، ثم ان أقر بها للآخر لزمته غرامتها له .

وإن أقام كل واحد منهما بما ادعاه بينه نظرنا فإن كانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين ، مثل ان يدعى أحدهما إنه اشتراها فى المحرم وادعى الآخر انه اشتراها فى صفر وشهدت بينه كل واحد منهما للآخر بدعواه فهى للاول لانه ثبت انه باعها للاول فزال ملكه عنها فيكون بيعه فى صفر باطلا لكونه باع ما لا يملكه ويطالب برد الثمن .

وإن كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مطلقتين ، أو احداهما مطلقة والاخرى مؤرخه تعارضتا لتعذر الجمع ، فينظر فى العين فإن كانت فى يد احدهما انبنى ذلك على الخلاف فى بينه الداخل والخارج فمن قدم بينه الداخل جعلها لمن هى فى يده ومن قدم بينه الخارج جعلها للخارج ، وان كانت فى يد البائع وقلنا تسقط البينتان رجع الى البائع فإن أنكرهما حلف لهما وكانت له ، وان أقر لاحدهما سلمت اليه وحلف للآخر ، وان أقر لهما فهى بينهما ويحلف لكل واحد منهما على نصفها كما لو لم تكن لهما بينه .

وان قلنا لا تسقط البينتان لم يلتفت الى انكاره ولا اعترافه ، وهذا قول القاضى وأكثر أصحاب الشافعى لانه قد ثبت زوال ملكه وأن يده لا حكم لها فلا حكم لقوله ، فمن قال يقرع بينهما أقرع بينهما فمن خرجت له القرعه فهى له مع يمينه ، وهذا قول القاضى لم يذكر شيئا سوى هذا ، ومن قال تقسم بينهما قسمت ، وهذا ذكره ابو الخطاب

وقد نص عليه أحمد فى روايه الكوسج فى رجل أقام البينه أنه اشترى سلعه بمائه وأقام الآخر بينه أنه اشتراها بمائتين فكل واحد منهما يستحق النصف من السلعه بنصف الثمن فيكونان شريكين .

وحمل القاضى هذه الروايه على أن العين فى أيديهما أو على أن البائع أقر لهما جميعا ، واطلاق الروايه يدل على صحة قول أبى الخطاب

فعلى هذا ان كان المبيع مما لا يدخل فى ضمان المشترى الا بقبضه فلكل واحد منهما الخيار لان الصفقة تبعضت عليه ، فإن اختارا الامساك رجع كل واحد منهما بنصف الثمن ، وان اختارا الفسخ رجع كل واحد منهما بجميع الثمن ، وان اختار أحدهما الفسخ توفرت السلعة كلها على الآخر الا أن يكون الحاكم قد حكم

له بنصف السلعة ونصف الثمن فلا يعود النصف الآخر إليه . وهذا قول الشافعي في كل مبيع .

(فصل) فان ادعى أحدهما أنه اشتراها من زيد بمائة وهي ملكه وادعى الاخر أنه اشتراها من عمرو وهي ملكه وأقام كل واحد منهما بدعواه بينة فهذه تشبه التي قبلها في المعنى ، فان كانت في يد أحد المشتريين انبنى ذلك على الروايتين في تقديم بينة الداخل والخارج وإن كانت في يديهما قسمت بينهما لأن بينة كل واحد منهما داخلة في أحد النصفين خارجة في النصف الاخر ، وإن كانت في يد أحد البائعين فأنكرهما وادعاها لنفسه . فإن قلنا تسقط البينتان حلف وكانت له وإن أقر بها لأحدهما صار الداخل إلا أن يقر له بعد أن يحلف أنها له ، وان قلنا تقدم إحداهما بالقرعة فهي لمن تخرج له القرعة مع يمينه ، وإن قلنا تقسم بينهما قسمت ورجع كل واحد منهما بنصف ثمنها وإن كان المبيع مما يدخل في ضمان المشتري بنفس العقد او كان المشتري مقراً بقبضه فلا خيار لواحد منهما ولا رجوع بشيء من الثمن لاعترافه بسقوط الضمان عن البائع ، وإن كان من المكيل والموزون ولم يقبض فلكل واحد منهما الخيار في الفسخ والامضاء فان اختار أحدهما الفسخ لم يتوفر المبيع على الاخر لأن البائع اثنان بخلاف التي قبلها .

(فصل)

ولو كان في يد رجل دار فادعى عليه رجلان كل واحد منهما يزعم أنه غصبها منه وأقام بذلك بينة فالحكم في هذه كالحكم فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنني اشتريتها منه على مامضى من التفصيل فيه وإن اتفق تاريخهما أو كانتامطلقتين أو إحداهما تعارضتا ، وإن قدم تاريخ إحداهما فهل ترجح بذلك على وجهين . فأما ان شهدت البينة أنه أقر بغصبها من كل واحد منهما لزمه دفعها الى الذى أقر له بها أولا ويغرم قيمتها للآخر .

(فصل) فان ادعى كل واحد منهما أنك اشتريتها مني بألف وأقام بذلك بينة واتفق تاريخهما ، مثل ان يقول كل واحد منهما اشتراها مني مع الزوال يوم كذا ليوم واحد فهما متعارضتان، فان قلنا تسقطان رجع الى قول المدعى عليه فان

أنكرهما حلف لهما وبرىء وإن أقر لأحدهما فعليه له الثمن ويحلف للآخر ، وإن أقر لهما معا فعليه لكل واحد منهما الثمن لأنه يحتمل أن يشتريها من أحدهما ثم يهبها للآخر ويشتريها منه . وان قال اشتريتها منكما صفقة واحدة بألف فقد أقر لكل واحد منهما بنصف الثمن وله أن يحلفه على الباقي وان قلنا يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة وجب له الثمن ويحلف الآخر ويبرأ وان قلنا تقسم قسم الثمن بينهما ويحلف لكل واحد منهما على الباقي ، فإن كان التاريخان مختلفين أو كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة ثبت العقدان ولزمه الثمنان لأنه يمكن أن يشتريها من أحدهما ثم يملكها الاخر فيشتريها منه ، وإذا أمكن صدق البينتين والجمع بينهما وجب تصديقهما ، فإن قيل فلم قلتم إنه إذا كان البائع واحداً والمشترى اثنان فأقام أحدهما بينة أنه اشتراها فى المحرم وأقام الاخر بينة أنه اشتراها فى صفر يكون الشراء الثانى باطلا ؟ قلنا لأنه إذا ثبت الملك الأول لم يبطله بأن يبيعه الثانى ثانيا ، وفى مسألتنا ثبوت شرائه من كل واحد منهما يبطل ملكه لأنه لا يجوز ان يشترى ثانيا ملك نفسه ويجوز أن يبيع البائع ما ليس له فافترقا .

فان قيل : فاذا كانت البينتان مطلقتين أو إحداهما مطلقة احتمل ان يكون تاريخهما واحداً فيتعارضان والأصل براءة ذمة المشهود عليه فلا تشتغل بالشك قلنا إنه متى أمكن صدق البينتين وجب تصديقهما ولم يكن ثم شك وإنما يبقى الوهم والوهم لا تبطل به البينة لأنها لو بطلت به لم يثبت بها حق أصلا لأنه ما من بينة إلا ويحتمل ان تكون كاذبة او غير عادلة او متهمة أو معارضة ، ولم يلتفت الى هذا الوهم كذا ههنا .

(فصل) واذا مات رجل فشهد رجلان أن هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثا سواه ، وشهد آخران لآخر أن هذا الغلام ابن هذا الميت لا نعلم له وارثا سواه فلا تعارض بينهما وثبت نسب الغلامين منه ويكون الارث بينهما لأنه يجوز أن تعلم كل بينة ما لم تعلمه الأخرى .

(فصل) واذا ادعى رجل عبدا فى يد آخر أنه اشتراه منه وادعى العبد ان سيده أعتقه ولا بينة لهما فأنكرهما حلف لهما والعبد له وان أقر لأحدهما ثبت ما أقر له به ويحلف للآخر ؛ وإن أقام أحدهما بينة بما ادعاه ثبت ، وان أقام كل

واحد منهما بينة بدعواه وكانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين قدمنا الأولى وبطلت الأخرى لأنه إن سبق العتق لم يصح البيع ، لان بيع الحر لا يصح ، وإن سبق البيع لم يصح العتق لأنه أعتق عبد غيره .

فإن قيل يحتمل أنه عاد إلى ملكه فأعتقه ، قلنا قد ثبت الملك للمشـــترى فلا يبطله عتق البائع ، وان كانتا مؤرختين بتاريخ واحد أو مطلقتين ، أو إحداهما مطلقة تعارضتا لأنه لا ترجيح لإحداهما على الاخرى ، فإن كان فى يد المشترى انبنى ذلك على الخلاف فى تقديم بينة الداخل والخارج ، فإن قدمنا بينة الداخل فهو للمشترى وإن قدمنا بينة الخارج قدم العتق لانه خارج ، وان كان فى يد البائع وقلنا إن البينتين تسقطان بالتعارض صارا كمن لا بينه لهما ويرجع الى السيد : فإن أنكرهما حلف لهما ، وان أقر بالعتق ثبت ولم يحلف العبد لانه لو أقر بأنه ما أعتقه لم يلزمه شيء فلا فائدة فى إحلافه ويحلف البائع للمشـترى ، وان أقر للمشترى ثبت الملك ولم يحلف العبد ، لأنه لو أقر له أنه كان أعتقه لم يلزمه غرم فلا فائدة فى احـــلافه وان قلنا يستعملان فاعترف لاحدهما لم يرجح باعترافه لان ملكه قد زال ، فإن قلنا ترجح احدى البينتين بالقرعة أقرعنا بينهما فمن خرجت قرعته قدمناه .

قال أبو بكر : هذا قياس قول أبي عبد الله فعلى هذا يحلف من خرجت له القرعة فى أحد الوجهين ، وان قلنا يقسم قسمنا العبد فجعلنا نصفه مبيعا ونصفه حراً ويسرى العتق الى جميعه ان كان البائع موسراً لان البينة قامت عليه بأنه أعتقه مختاراً وقد ثبت العتق فى نصفه بشهادتهما .

(فصـــل) اذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل اقرارها لأنها أقرت على نفسها وهى غير متهمة ، فإنها لو أردت ابتداء النكاح لم تمنع منه ، وان ادعاها اثنان فأقرت لاحدهما لم يقبل منها لان الآخر يدعى ملك نصفها وهى معترفة أن ذلك قد ملك عليها فصار اقرارها حق غيرها ولانها متهمة فانها لو أرادت ابتداء تزويج أحد المتداعيين لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر ، فإن قيل فلو تداعيا عينا فى يد ثالث فأقر لاحدهما قبل . قلنا لا يثبت الملك بإقراره فى العين وانما يجعله كصاحب اليد فيحلف والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الاقرار به

ههنا. فإن كان لأحد المتداعيين بينة حكم له بها لأن البينة حجة فى النكاح وغيره ، وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا وحيل بينهما وبينها ولا يرجح أحد المتداعيين بإقرار المرأة لما ذكرنا ولا بكونها فى بيته ويده ، لأن اليد لا تثبت على حرة ولا سبيل إلى القسمة ههنا ولا الى القرعة لانه لا بد مع القرعة من اليمين ولا مدخل لها فى النكاح .

(فصل) إذا قال السيد لعبده إن قتلت فأنت حر ثم مات فادعى العبد أنه قتل وأنكر الورثة فالقول قولهم مع أيمانهم لان الاصل عدم القتل ، فإن أقام بينة بدعواه عتق ، وإن أقام الورثة بينة بموته قدمت بينة العبد فى أحد الوجهين لأنها تشهد بزيادة وهى القتل .

والثانى تتعارضان لان إحداهما تشهد بضد ما شهدت به الاخرى فيبقى على الرق ، وإن قال إن مت فى رمضان فعبدى سالم حر ، وإن مت فى شوال فعبدى غانم حر ثم مات فادعى كل واحد منهما موته فى الشهر الذى يعتق بموته فيه وأنكرهما الورثه فالقول قولهم مع أيمانهم ، وان أقروا لأحدهما عتق بإقرارهم ، وان أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : تقدم بينة سالم لان معها زيادة علم فانها أثبتت ما يجوز أن يخفى على البينة الاخرى وهو موته فى رمضان .

والثانى : يتعارضان ويبقى العبدان على الرق لانهما سقطا فصارا كمن لا بينة لهما .

والثالث : يقرع بينهما فيعتق من تقع له القرعه ، وان قال ان برئت من مرضى هذا فسالم حر وان مت منه فغانم حر فمات وادعى كل واحد منهما موجب عتقه أقرع بينهما فمن خرجت له القرعه عتق لانه لا يخلو من أن يكون برىء أو لم يبرأ فيعتق أحدهما على كل حال ولم تعلم عينه فيخرج بالقرعه ، كما لو أعتق أحدهما فأشكل علينا ، ويحتمل أن يقدم قول غانم لان الاصل عدم البرء ، وان أقام كل واحد منهما بينة بموجب عتقه فقال أصحابنا يتعارضان ويبقى العبدان على الرق ، وهذا مذهب الشافعى لان كل واحدة منهما تكذب الاخرى وتثبت زيادة تنفيها الاخرى ، ولا يصح هذا القول لان التعارض أثره فى اسقاط البينتين ولو لم

يكونا أصلا لعتق أحدهما فكذلك إذا سقطتا ، وذلك لأنه لا يخلو من إحدى الحالتين اللتين علق على كل واحدة منهما عتق أحدهما فيلزم وجوده ، كما لو قال إن كان هذا الطائر غراباً فسالم حر وإن لم يكن غرابا فغانم حر ولم يعلم حاله ولكن يحتمل وجهين . أحدهما : أن يقرع بينهما كما فى مسألة الطائر ، لأن البينتين إذا تعارضتا قدمت إحداهما بالقرعة فى رواية .

والثانى تقدم بينة سالم لأنها شهدت بزيادة وهى البرء ، وإن أقر الورثة لأحدهم عتق بإقرارهم ولم يسقط حق الآخر مما ذكرنا إلا أن يشهد إثنان عدلان منهم بذلك مع انتفاء التهمة ويعتق وحده اذا لم تكن للآخر بينة .

فصل

واذا ادعى سالم أن سيده أعتقه فى مرض موته وادعى عبده الاخر غانم أنه أعتقه فى مرض موته وكل واحد منهما ثلث ماله . فأقام كل واحد منهما بدعواه بينة فلا تعارض بينهما ، لأن ما شهدت به كل بينة لا ينفى ما شهدت به الأخرى ولا تكذب احداهما الأخرى فيثبت اعتاقه لهما ، ثم ينظر فإن كانت البينتان مؤرختين بتاريخين مختلفين عتق الاول منهما ورق الثانى الا أن يجيز الورثة ، لأن المريض اذا تبرع بتبرعات يعجز ثلثه عن جميعها قدم الأول فالاول ، وان اتفق تاريخهما أو أطلقتا أو احداهما فهما سواء لانه لا مزية لإحداهما على الاخرى فيستويان ويقرع بينهما ، فمن خرجت له القرعه عتق ورق الاخر ، الا أن يجيز الورثه ، لانه لا يخلو اما أن يكون أعتقهما معاً فيقرع بينهما كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فى العبيد السته الذين أعتقهم سيدهم عند موته ولم يكن له مال غيرهم ؛ أو يكون أعتق أحدهما قبل صاحبه وأشكل علينا فيخرج بالقرعه كما فى مسألة الطائر . وقيل يعتق من كل واحد نصفه ، وهو قول للشافعى لانه أقرب الى التعديل بينهما ، فإن فى القرعه قد يرق السابق المستحق للعتق ويعتق الثانى المستحق للرق ، وفى القسمه لا يخلو المستحق للعتق من حريه ولا المستحق للرق من رق ، ولذلك قسمنا المختلف فيه على احدى الروايتين اذا تعارضت به بينتان ، والاول المذهب لانه لا يخلو من شبهه بإحدى الصورتين اللتين ذكرناهما والقرعه ثابته فى كل واحدة منهما .

وقولهم : إن فى القرعة احتمال إرقاق نصف الحر ، قلنا : وفى القسمة ارقاق نصف الحر يقينا وتحرير نصف الرقيق يقينا وهو أعظم ضرراً ، وان كانت قيمة أحدهما الثلث وقيمة الآخر دون الثلث فكان الأول أو الذى خرجت قرعته الثلث عتق ورق الاخر ، وان كان هو الناقص عن الثلث عتق وعتق من الاخر تمام الثلث ، وان كان لأحدهما بينة ولا بينة للآخر أو بينته فاسقة عتق صاحب البينه العادله ورق الاخر ، وان كان لكل واحد منهما بينه عادله الا أن احداهما تشهد أنه أعتق سالما فى مرضه والاخرى تشهد بأنه وصى بعتق غانم وكان سالم ثلث المال عتق وحده ووقف عتق غانم على اجازة الورثه ؛ لأن التبرع يقدم على الوصية ، وان كان سالم أقل من الثلث عتق من غانم تمام الثلث .

وان شهدت احداهما أنه وصى بعتق سالم وشهدت الأخرى أنه وصى بعتق غانم فهما سواء ويقرع بينهما ، سواء اتفق تاريخهما أو اختلف لأن الوصيه يستوى فيها المتقدم والمتأخر .

وقال أبو بكر وابن أبى موسى : يعتق نصف كل واحد منهما بغير قرعه ، لان القرعه انما تجب اذا كان أحدهما عبداً والاخر حراً ولا كذلك ههنا فيجب أن تقسم الوصيه بينهما ويدخل النقص على كل واحد منهما بقدر وصيته ، كما لو وصى لاثنين بمال ، والاول قياس المذهب ، لان الاعتاق بعد الموت كالاعتاق فى مرض الموت ، وقد ثبت فى الاعتاق فى مرض الموت أنه يقرع بينهما لحديث عمران بن حصين فكذلك بعد الموت ، ولأن المعنى المقتضى لتكميل العتق فى أحدهما فى الحياة موجود بعد الممات فيثبت .

فأما ان صرح فقال اذا مت فنصف كل واحد من سالم وغانم حر ، أو كان فى لفظه ما يقتضيه أو دلت عليه قرينة ثبت ما اقتضاه .

(فصـــل)

فإن خلف المريض ابنين لا وارث له سواهما فشهدا أنه أعتق سالما فى مرض موته ، وشهد أجنبيان أنه أعتق غانما فى مرض موته وكل واحد ثلث ماله ولم يطعن الإبنان فى شهادتهما وكانت البينتان عادلتين فالحكم فيه كالحكم فيما اذا كانا

أجنبيين سواء، لأنه قد ثبت أن الميت أعتق العبدين، فإن طعن الاثنان في شهادة الأجنبيين وقالا ما أعتق غانماً في مرض موته وكل واحد ثلث ماله انما أعتق سالما لم يقبل قولهما في رد شهادة الأجنبية لأنها بينة عادلة مثبتة والاخرى نافية، وقول المثبت يقدم على قول النافي ويكون حكم ما شهدت به حكم ما اذا لم يطعن الورثة في شهادتهما في أنه يعتق ان تقدم تاريخ عتقه أو خرجت له القرعة، ويرق اذا تأخر تاريخه أو خرجت القرعه لغيره، وأما الذى شهد به الابنان فيعتق كله لاقرارهما باعتاقه وحده واستحقاقه للحريه، وهذا قول القاضي.

وقيل يعتق ثلثاه ان حكم بعتق سالم وهو ثلث الباقي، لان العبد الذى شهد به الأجنبيان كالمغصوب من التركة وكالذاهب من التركة بموت أو تلف فيعتق ثلث الباقي وهو ثلثا غانم، والأول أصح لأن المعتبر خروجه من الثلث حال الموت، وحال الموت في قول الابنين لم يعتق سالم انما عتق بالشهادة بعد الموت فيكون ذلك بمنزلة موته بعد موت سيده فلا يمنع من عتق من خرج من الثلث قبل موته، فإن كان الابنان فاسقين ولم يردا شهادة الاجنبيه ثبت العتق لسالم ولم يزاحمه من شهد له الابنان لفسقهما لان شهادة الفاسق كعدمها فلا يقبل قولهما في اسقاط حق ثبت ببينه عادله، وقد أقر الابنان بعتق غانم فينظر فإن تقدم تاريخ عتقه أو أقرع بينهما فخرجت القرعه له عتق كله كما قلنا في التي قبلها، وان تأخر تاريخ عتقه أو خرجت القرعه لغيره لم يعتق منه شيء لان الابنين لو كانا عدلين لم يعتق منه شيء فاذا كانا فاسقين أولى.

وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي: يعتق نصفه في الاحوال كلها، لأنه استحق العتق باقرار الورثة مع ثبوت العتق للآخر بالبينه العادله فصار بالنسبه كأنه أعتق العبدين فيعتق منه نصفه؛ وهذا لا يصح فانه لو أعتق العبدين لاعتقنا أحدهما بالقرعه لانه في حال تقدم تاريخ عتق من شهدت له البينه لا يعتق منه شيء ولو كانت بينته عادلة فمع فسقها أولى، وان كذبت الورثة الأجنبية فقالت ما أعتق غانما انما أعتق سالما عتق العبدان، وقيل يعتق من سالم ثلثاه والاول أولى

(فصل) فان شهد عدلان أجنبيان أنه وصى بعتق سالم وشهد عدلان

وارثان أنه رجع عن الوصية بعتق سالم ووصى بعتق غانم وقيمتهما سواء، أو كانت قيمة غانم أكثر قبلت شهادتهما وبطلت وصية سالم لأنهما لا يجران الى أنفسهما نفعا ولا يدفعان عنها ضررا .

فان قيل فهما يثبتان لأنفسهما ولاء غانم ، قلنا وهما يسقطان ولاء سالم وعلى أن الولاء إثبات سبب الميراث. وهذا لا يمنع قبول الشهادة بدليل مالو شهدا بعتق غانم من غير معارض ثبت عتقه ولهما ولاؤه ولو شهدا بثبوت نسب أخ لهما قبلت شهادتهما مع ثبوت سبب الإرث لهما، وتقبل شهادة المرأة لأخيه بالمال وان جاز ان يرثه فان كان الوارثان فاسقين لم تقبل شهادتهما فى الرجوع ويلزمهما اقرارهما لغانم فيعتق سالم بالبينة العادلة ويعتق غانم باقرار الورثة بالوصية باعتاقه وحده .
وذكر القاضى وأصحاب الشافعى : أنه إنما يعتق ثلثاه لأنه لما أعتق سالم بشهادة الاجنبيين صار كالمغصوب فصار غانم نصف التركة فيعتق ثلثاه وهو ثلث التركة .

ولنا ان الوارثة تقر بأنه حين الموت ثلث التركة وان عتق سالم انما كان بشهادتهما بعد الموت فصار كالمغصوب بعد الموت ولو غصب بعد الموت لم يمنع عتق غانم كله فكذلك الشهادة بعتقه . وقد ذكر القاضى فيما إذا شهدت بينة عادلة باعتاق سالم فى مرضه ووارثة فاسقة باعتاق غانم فى مرضه وأنه لم يعتق سالما أن غانما يعتق كله وهذا مثله

فأما ان كانت قيمة غانم أقل من قيمة سالم فالوارثة متهمة لكونها ترد الى الرق من كثرت قيمته فترد شهادتها فى الرجوع كما ترد شهادتها بالرجوع عن الوصيه ويعتق سالم وغانم كله أو ثلثاه وهو ثلث الباقى على ما ذكرنا من الاختلاف فيما اذا كانت فاسقه وإن لم تشهد الوارثة بالرجوع عن عتق سالم لكن شهدت بالوصيه بعتق غانم وهى بينه عادلة ثبتت الوصيتان سواء كانت قيمتهما سواء أو مختلفة فيعتقا ان خرجا من الثلث وان لم يخرجا من الثلث أقرع بينهما فيعتق من خرجت له القرعه ويعتق تمام الثلث من الاخر، سواء تقدمت إحدى الوصيتين على الاخرى أو استوتا لان المتقدم والمتأخر من الوصايا سواء

(فصل) ولو شهدت بينة عادلة أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهدت بينه أخرى

أنه رجع عن الوصية لزيد ووصى لعمرو بثلث ماله وشهدت بينة ثالثة أنه رجع عن الوصية لعمرو ووصى لبكر بثلث ماله صحت الشهادات كلها وكانت الوصية لبكر سواء كانت البينتان من الورثة أو لم تكن لأنه لا تهمة فى حقهم ، وان كانت شهادة البينة الثالثة أنه رجع عن إحدى الوصيتين لم تفد هذه الشهادة شيئا لانه قد ثبت بالبينة الثانية أنه رجع عن وصية زيد وهى احدى الوصيتين ، فعلى هذا تثبت الوصية لعمرو .

وان كانت البينة الثانية شهدت بالوصية لعمرو ولم تشهد بالرجوع عن وصية زيد فشهدت الثالثة بالرجوع عن احدى الوصيتين لا بعينها فقال القاضى : لا تصح الشهادة ، وهذا مذهب الشافعى لانهما لم يعينا المشهود عليه ويصير كما لو قالا نشهد أن لهذا على أحد هذين ألفا ، وان لأحد هذين على هذا ألفا ويكون الثلث بين الجميع أثلاثا .

وقال أبو بكر : قياس قول أبى عبد الله أنه يصح الرجوع عن إحدى الوصيتين ويقرع بينهما فمن خرجت له قرعة الرجوع عن وصيته بطلت وصيته ، وهذا قول ابن أبى موسى ، وإذا صح الرجوع عن إحداهما بغير تعيين صحت الشهادة به كذلك ، ووجه ذلك أن الوصية تصح بالمجهول وتصح الشهادة فيها بالمجهول فجازت فى الرجوع من غير تعيين المرجوع عن وصيته

فصل

وان شهد شاهدان أنه وصى لزيد بثلث ماله وشهد واحد أنه وصى لعمرو بثلث ماله انبنى هذا على أن الشاهد واليمين هل يعارض الشاهدين أو لا ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يعارضهما فيحلف عمرو مع شاهده ويقسم الثلث بينهما لان الشاهد واليمين حجة فى المال فأشبه الشاهدين .

والثانى : لا يعارضهما لان الشاهدين أقوى فيرجحان على الشاهد واليمين ، فعلى هذا ينفرد زيد بالثلث وتقف وصية عمرو على إجازة الورثة ، فأما ان شهد واحد أنه رجع عن وصية زيد ووصى لعمرو بثلثه فلا تعارض بينهما ويحلف

عمرو مع شاهده وتثبت الوصية لعمرو ، والفرق بين المسألتين أن فى الأولى تقابلت البينتان فقدمنا أقواهما ، وفى الثانية لم يتقابلا وانما يثبت الرجوع وهو يثبت بالشاهد واليمين لان المقصود به المال ، وهذا مذهب الشافعى والله أعلم .

« مسألة » قال (ولو كان فى يده دار فادعاها رجل فأقر بها لغيره فإن كان المقر له بها حاضراً جعل الخصم فيها وان كان غائبا وكانت للمدعى بينة حكم بها للمدعى ببينته وكان الغائب على خصومته متى حضر)

وجملته أن الانسان اذا ادعى داراً فى يد غيره فقال الذى هى فى يده ليست لى انما هى لفلان . وكان المقر له بها حاضراً سئل عن ذلك فان صدقه صار الخصم فيها وكان صاحب اليد لان من هى فى يده اعترف أن يده نائبة عن يده ، واقرار الانسان بما فى يده اقرار صحيح فيصير خصما للمدعى ، فان كانت للمدعى بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة فالقول قول المدعى عليه مع يمينه .

وان قال المدعى احلفوا لى المقر الذى كانت العين فى يده أنه لا يعلم أنها لى فعليه اليمين ؛ لانه لو أقر له بها بعد اعترافه لزمه الغرم ، كما لو قال هذه العين لزيد ثم قال هى لعمرو فانها تدفع الى زيد ويدفع قيمتها لعمرو ، ومن لزمه الغرم مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار ؛ فان رد المقر له الاقرار وقال ليست لى وانما هى للمدعى حكم له بها ، وان لم يقل هى المدعى ولكن قال ليست لى فان كانت للمدعى بينة حكم له بها ، وان لم تكن له بينه ففيه وجهان .

أحدهما : تدفع الى المدعى لأنه يدعيها ولا منازع له فيها ، ولان من هى فى يده لو ادعاها ثم نكل قضينا بها للمدعى فمع عدم ادعائه لها أولى .

والثانى : لا تدفع اليه لانه لم يثبت لها مستحق لان المدعى لا يد له ولا بينه وصاحب اليد معترف أنها ليست له فيأخذها الامام فيحفظها لصاحبها ، وهذا الوجه الثانى ذكره القاضى ، والاول أولى لما ذكرنا من دليله ولاصحاب الشافعى وجهان كهذين ووجه ثالث أن المدعى يحلف أنها له وتسلم اليه ويتخرج لنا مثله بناء على القول برد اليمين اذا نكل المدعى عليه .

وان قال المقر له هى لثالث انتقلت الخصومة اليه وصار بمنزلة صاحب اليد

لأنه أقر له بها من اليد له حكما ، وأما إن أقر بها المدعى عليه لمجهول قيل له ليس هذا بجواب ، فإن أقررت بها لمعروف وإلا جعلناك ناكلا وقضينا عليك ، فإن أصر قضى عليه بالنكول وإن أقر بها لغائب أو لغير مكلف معين كالصبي والمجنون صارت الدعوى عليه ، فان لم تكن للمدعى بينة لم يقض له بها لأن الحاضر يعترف أنها ليست له ، ولا يقضى على الغائب بمجرد الدعوى ، ويقف الأمر حتى يقدم الغائب ويصير غير المكلف مكلفا فتكون الخصومة معه .

فان قال المدعى إحلفوا لى المدعى عليه أحلفناه لما تقدم ، وإن أقر بها للمدعى لم تسلم إليه لأنه اعترف أنها لغيره ويلزمه أن يغرم له قيمتها لأنه فوتها عليه بإقراره بها لغيره ، وإن كان مع المدعى بينة سمعها الحاكم وقضى بها وكان الغائب على خصومته متى حضر له أن يقدح فى بينة المدعى وأن يقيم بينة تشهد بانتقال الملك إليه من المدعى ، وان أقام بينة أنها ملكه فهل يقضى بها ؟ على وجهين بناء على تقديم بينة الداخل والخارج .

فان قلنا تقدم بينة الخارج فأقام الغائب بينة تشهد له بالملك والنتاج أو سبب من أسباب الملك فهل تسمع بينته ويقضى بها ؟ على وجهين ، وان كان مع المقر بينة تشهد بها للغائب سمعها الحاكم ولم يقض بها لأن البينة للغائب والغائب لم يدعها هو ولا وكيله . وإنما سمعها الحاكم لما فيها من الفائدة وهو زوال التهمة عن الحاضر وسقوط اليمين عنه إذا ادعى عليه أنك تعلم أنها لى ويتخرج أن يقضى بها إذا قلنا بتقديم بينة الداخل ، وان للمودع المخاصمة فى الوديعة اذا غصبت ، ولأنها بينة مسموعة فيقضى بها كبينة المدعى اذا لم تعارضها بينة أخرى ، فان ادعى من هى فى يده أنها معه بإجارة أو عارية وأقام بينة بالملك للغائب لم يقض بها الوجهين.

أحدهما : أن ثبوت الاجارة والعاريه يترتب على الملك للمؤجر بهذه البينه فلا تثبت الاجارة المترتبه عليها .

والثانى أن بينة الخارج مقدمه على بينة الداخل ويخرج القضاء بها على تقديم بينة الداخل ، وكون الحاضر له فيها حق فانه يقضى بها وجها واحداً ، ومتى عاد المقر بها لغيره وادعاها لنفسه لم تسمع دعواه لانه أقر بأنه لا يملكها فلا يسمع منه الرجوع عن اقراره والحكم فى غير المكلف كالحكم فى الغائب على ما ذكرنا .

(فصـــل) وإذا طلب المدعى أن يكتب له محضراً بما جرى لزمته إجابته فيكتب له محضرا حضر القاضى فلان بن فلان الفلانى قاضى عبد الله الإمام فلان ابن فلان الفلانى أو خليفة القاضى فلان بن فلان إن كان نائبا ، فلان بن فلان الفلانى وأحضر معه فلان بن فلان الفلانى فادعى داراً فى يديه ويعينها ويذكر حدودها وصفتها فاعترف بها المدعى عليه لفلان بن فلان الفلانى ، وهو حينئذ غائب عن بلد القاضى ، فأقام المدعى بينة وهى فلان بن فلان الفلانى وفلان بن فلان الفلانى فشهدا عنده للمدعى بما ادعاه وعرف الحاكم عدالتهما بما يسوغ معه قبول شهادتهما ، أو شهد عنده بعدالتهما فلان وفلان فقبل شهادتهما فقضى بها على الغائب جعل كل ذى حجة على حجته ، فإن كان الغائب قد قدم ولم يأت بحجة زاد وقدم الغائب المقر له بها فلان ولم يأت بحجة تدفع المدعى عن دعواه ، وإن أقام عند حضوره بينة زاد وأقام بينة وكانت بينة المدعى مقدمة على بينته لأنها بينة خارج .

(فصل) وإذا ادعى إنسان أن أباه مات وخلفه وأخا له غائبا ولا وارث له سواهما وترك داراً فى يد هذا الرجل فأنكر صاحب اليد فأقام المدعى بينه بما ادعاه ثبتت الدار للميت وانتزعت الدار من يد المنكر ودفع نصفها الى المدعى وجعل النصف الآخر فى يد أمين للغائب يكريه له ، وكذلك إن كان المدعى مما ينقل ويحول ، وبهذا قال الشافعى

وقال أبو حنيفه : ان كان مما ينقل ولا يحول أو مما يتحفظ ولا يخاف هلاكه لم ينزع نصيب الغائب من يد المدعى عليه لأن الغائب لم يدعه هو ولا وكيله فلم ينزع من يد من هو فى يده ، كما لو ادعى أحد الشريكين داراً مشتركة بينه وبين أجنبي فانه يسلم الى المدعى نصيبه ولا ينزع نصيب الغائب . كذا ههنا

ولنا أنها تركة ميت ثبتت ببينة فوجب أن ينزع نصيب الغائب كالمنقول وكما لو كان أخوه صغيراً أو مجنونا، ولأن فيما قاله ضررا لانه قد يتعذر على الغائب إقامة البينه وقد يموت الشاهدان أو يغيبا أو تزول عنهما عدالتهما ويعزل الحاكم فيضيع حقه فوجب أن يحفظ بانتزاعه كالمنقول ويفارق الشريك الاجنبي اجمالا وتفصيلا.

أما الإجمال : فإن المنقول ينتزع نصيب شريكه فى الميراث ولا ينتزع نصيب شريكه الأجنبي، وأما التفصيل فإن البينة ثبت بها الحق للميت بدليل أنه يقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ، ولأن الاخ يشاركه فيما أخذه إذا تعذر عليه أخذ الباقى فأما ان كان دينا فى ذمة إنسان فهل يقبض الحاكم نصيب الغائب ؟ فيه وجهان .

أحدهما : يقبضه كما يقبض العين .

والثانى : لا يقبضه لانه اذا كان فى ذمة من هو عليه كان أحوط من ان يكون أمانة فى يد الأمين لانه لا يؤمن عليه التلف اذا قبضه ، والأول أولى لانه فى الذمة أيضا يعرض للتلف بالفلس والموت وعزل الحاكم وتعذر البينة .

إذا ثبت هذا فإننا اذا دفعنا الى الحاضر نصف الدار أو الدين لم نطالبه بضمين لاننا دفعناه بقول الشهود والمطالبة بالضمين طعن عليهم ، قال أصحابنا سواء كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة أو لم يكونا ، ويحتمل ان لا تقبل شهادتهما فى نفى وارث آخر حتى يكونا من أهل الخبرة الباطنة والمعرفة المتقادمة ، لان من ليس من أهل المعرفة ليس جهله بالوارث دليلا على عدمه ولا يكتفى به ، وهذا قول الشافعى ، فعلى هذا تكون الدار موقوفة ولا يسلم الى الحاضر نصفها حتى يسأل الحاكم ويكشف عن المواضع التى كان يطوفها ويأمر مناديا ينادى ان فلانا مات . فان كان له وارث فليأت ، فإذا غلب على ظنه أنه لو كان له وارث لظهر دفع الى الحاضر نصيبه ، وهل يطلب منه ضمينا ؟ يحتمل وجهين ، وهكذا الحكم اذا كان الشاهدان من أهل الخبرة الباطنة ، ولكن لم يقولا ولا نعلم له وارثا سواه ، فإن كان مع الابن ذو فرض فعلى ظاهر المذهب يعطى فرضه كاملا، وعلى هذا التخريج يعطى اليقين، فان كانت له زوجة أعطيت ربع الثمن لجواز ان يكون له أربع نسوة وان كانت له جدة ولم يثبت موت أمه لم تعط شيئا ، وان ثبت موتها أعطيت ثلث السدس لجواز ان يكون له ثلاث جدات ولا تعطى العصبة شيئا .

فان كان الوارث أخا لم يعط شيئا لجواز ان يكون للميت وارث يحجبه ، وان كان معه أم أعطيت السدس عائلا والمرأة ربع الثمن عائلا والزوج الربع عائلا لانه اليقين، فان المسألة قد تعول مع وجود الزوج مثل ان يخلف أبوين وابنين وزوجا فاذا كشف الحاكم أعطى الزوج نصيبه وكمل لذوى الفروض فروضهم .

(فصل) واذا اختلف في دار في يد أحدهما فأقام المدعى بينة أن هذه الدار كانت أمس ملكه أو منذ شهر، فهل تسمع هذه البينة ويقضى بها؟ على وجهين أحدهما: تسمع ويحكم بها لانها تثبت الملك في الماضي، واذا ثبت استديم حتى يعلم زواله .

والثاني : لاتسمع ، قال القاضي هو الصحيح لأن الدعوى لا تسمع ما لم يدع المدعى الملك في الحال فلا تسمع بينة على ما لم يدعه ، لكن ان انضم الى شهادتها بيان سبب يد الثاني وتعريف تعديها فقالا نشهد أنها كانت ملكه أمس فقبضها هذا منه أو سرقها أو ضلت منه فالتقطها هذا ونحو ذلك سمعت وقضى بها ، لانها اذا لم تبين السبب فاليد دليل الملك ولا تنافي بين ما شهدت به البينة وبين دلالة اليد : لجواز ان تكون ملكه أمس ثم تنتقل الى صاحب اليد ، فإذا ثبت ان سبب اليد عدوان خرجت عن كونها دليلا فوجب القضاء باستدامة الملك السابق ، وان أقر المدعى عليه أنها كانت ملكا للمدعى أمس أو فيما مضى سمع إقراره وحكم به في الصحيح لانه حينئذ يحتاج الى بيان سبب انتقالها اليه فيصير هو المدعى فيحتاج الى البينة ويفارق البينة من وجهين .

أحدهما : أنه أقوى من البينة لكونه شهادة من الانسان على نفسه ويزول به النزاع بخلاف البينة ، ولهذا يسمع في المجهول ويقضى به بخلاف البينة .

والثاني : ان البينة لا تسمع إلا على ما ادعاه ، والدعوى يجب ان تكون معلقة بالحال ، والاقرار يسمع ابتداء ، وان شهدت البينه أنها كانت في يده أمس ففي سماعها وجهان ، وان أقر المدعى عليه بذلك فالصحيح أنها تسمع ويقضى به لما ذكرنا .

(فصل) وان ادعى أمة أنها له وأقام بينة فشهدت أنها ابنة أمته ، أو ادعى ثمرة فشهدت له البينة أنها ثمرة شجرته لم يحكم له بها لجواز ان تكون ولدتها قبل تملكها وأثمرت الشجرة هذه الثمرة قبل ملكه إياها ، وان قالت البينة ولدتها في ملكه أو أثمرتها في ملكه حكم له بها لانها شهدت أنها نماء ملكه ونماء ملكه ملكه ما لم يرد سبب ينقله عنه .

فإن قيل : فقد قلتم لا تقبل شهادته بالملك السابق على الصحيح وهذه شهادة بملك سابق ، قلنا الفرق بينهما على تقدير التسليم أن النماء تابع للملك فى الأصل فإثبات ملكه فى الزمن الماضى على وجه التبع ، وجرى مجرى ما لو قال ملكته منذ سنه وأقام البينة بذلك ، فإن ملكه يثبت فى الزمن الماضى تبعاً للحال ويكون له النماء فيما مضى ، ولأن البينه ههنا شهدت بسبب الملك وهو ولادتها أو وجودها فى ملكه فقويت بذلك ولهذا لو شهدت بالسبب فى الزمن الماضى فقالت أقرضه ألفاً أو باعه ثبت الملك ، وان لم يذكره فمع ذكره أولى .

وان شهدت له البينة أن هذا الغزل من قطنه وهذا الدقيق من حنطته ، وأن هذا الطائر من بيضته حكم له به وان لم يضفه الى ملكه ، لأن الغزل عين القطن وانما تغيرت صفته ، والدقيق أجزاء الحنطة تفرقت ، والطير هو أجزاء البيضه استحال وكان البينة قالت هذا غزله ودقيقه وطيره ، وليس كذلك بالولد والثمن فإنهما غير الأم والشجرة ، ولو شهد أن هذه البيضة من طيره لم يحكم له بها حتى يقولا باضها فى ملكه لأن البيضة غير الطير ، وانما هى من نمائه فهى كالولد ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كما ذكرنا .

(فصـــل)

واذا كانت فى يد زيد دار فادعاها عمرو وأقام بينة أنه اشتراها من خالد بثمن مسمى نقده إياه ، أو أن خالداً وهبه تلك الدار لم تقبل بينته بهذا حتى يشهد أن خالداً باعه إياها أو وهبها له وهو يملكها أو يشهد أنها دار عمرو اشتراها من خالد أو يشهد أنه باعها أو وهبها له وسلمها اليه ، وانما لم تسمع البينة بمجرد الشراء والهبة لأن الإنسان قد يبيع مالا يملكه ويهبه فلا تقبل شهادتهم به ، فإن انضم الى ذلك الشهادة للبائع بالملك أو شهدوا للمشترى بالملك أو شهدوا بالتسليم فقد شهدوا بتقدم اليد أو بالملك للمدعى أو لمن باعه ، فالظاهر أنه ملكه لأن اليد تدل على الملك وهذا مذهب الشافعى ، وإنما قبلناها وهى شهادة بملك ماض لأنها شهدت بالملك مع السبب والظاهر استمراره بخلاف ما إذا لم يذكر السبب .

(فصل) واذا كان فى يد رجل طفل لا يعبر عن نفسه فادعى أنه مملوكه قبلت دعواه ولم يخل بينه وبينه لأن اليد دليل الملك والصبي مالم يعبر عن نفسه فهو

كالبهيمة والمتاع ، إلا أن يعرف أن سبب يده غير الملك مثل أن يلتقطه فلا تقبل دعواه لرقه ، لأن اللقيط محكوم بحريته ، وأما غيره فقد وجد فيه دليل الملك من غير معارض فيحكم برقه ، فإذا بلغ فادعى الحرية لم تقبل دعواه لأنه محكوم برقه قبل دعواه ، وان لم يدع ملكه لكنه كان يتصرف فيه بالاستخدام وغيره فهو كما لو ادعى رقه . ويحكم له برقه لان اليد دليل الملك ، فإن ادعى أجنبي نسبه لم يقبل لما فيه من الضرر على السيد . لان النسب مقدم على الولاء في الميراث ، فإن أقام البينة بنسبه ثبت ولم يزل الملك عنه لأنه يجوز أن يكون ولده وهو مملوك بأن يتزوج بأمة أو يسبى الصغير ثم يسلم أبوه ، إلا أن يكون الاب عربياً فلا يسترق ولده في روايه وهو قول الشافعي القديم .

وان أقام بينة أنه ابن حرة فهو حر لان ولد الحرة لا يكون إلا حراً ، وان كان الصبي مميزاً يعبر عن نفسه فادعى من هو في يده رقه ولم يعرف تقدم اليد عليه قبل تمييزه ، إلا أننا ان رأيناه في يده وهما يتنازعان ففيه وجهان .

أحدهما : لا يثبت ملكه عليه لانه معرب عن نفسه ويدعي الحرية أشبه البالغ

والثاني : يثبت ملكه عليه لأنه صغير ادعى رقه وهو في يده فأشبه الطفل ، فأما البالغ إذا ادعى رقه فأنكر لم يثبت رقه إلا ببينة ، وان لم تكن بينة فالقول قوله مع يمينه في الحرية لأنها الأصل ، وهذا الفصل بجميعه مذهب الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي ، إلا أن أصحاب الرأي قالوا متى أقام إنسان بينة أنه ولده ثبت النسب والحرية ، لأن ظهور الحرية في ولد الحر أكثر من احتمال الرق الحاصل باليد لا سيما اذا لم يعرف من الرجل كفر ولا تزوج بأمة فلا ينفي احتمال الرق ، وهذا القول هو الصواب ان شاء الله .

(فصل) وان ادعى اثنان رق بالغ في أيديهما فأنكرهما فالقول قوله مع يمينه وان اعترف لهما بالرق ثبت رقه ، فان ادعاه كل واحد منهما لنفسه فاعترف لأحدهما فهو لمن اعترف له ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يكون بينهما نصفين لان يدهما عليه فأشبه الطفل والثوب .

ولنا أنه انما حكم برقه باعترافه فكان مملوكا لمن اعترف له كما لو لم تكن يده عليه ، ويخالف الثوب والطفل فان الملك حصل فيهما باليد وقد تساويا فيه

وههنا حصل بالاعتراف وقد اختص به أحدهما فكان مختصا به ، فان أقام كل واحد منهما بينة أنه مملوكه تعارضتا وسقطتا ويقرع بينهما أو يقسم بينهما على ما مضى من التفصيل فيه .

فإن قلنا بسقوطهما ولم يعترف لهما بالرق فهو حر ، وان اعترف لاحدهما فهو لمن اعترف له، وان أقر لهما معا فهو بينهما لان البينتين سقطتا وصارتا كالمعدومتين .

فان قلنا بالقرعة او القسمة فأنكرهما لم يلتفت الى انكاره ، وان اعترف لأحدهما لم يلتفت الى اعترافه لان رقه ثابت بالبينة فلم تبق له يد على نفسه كما قلنا فيما اذا ادعى رجلان داراً في يد ثالث وأقام كل واحد منهما بينة أنها ملكه واعترف أنها ليست له ثم أقر أنها لأحدهما لم يرجح باقراره .

(فصل) ولو كان في يده صغيرة فادعى نكاحها لم يقبل منه ولا يخلى بينها وبينه ، ولو ادعى رقها قبل منه اذا كانت طفلة لا تعبر عن نفسها، لان اليد دليل الملك ، وأما المدعي للنكاح فهو مقر بحريتها او بأنها غير مملوكة له واليد لا تثبت على الحر ، فاذا كبرت فاعترفت له بالنكاح قبل إقرارها .

(فصـــل)

ولو ادعى ملك عين وأقام به بينة وادعى آخر أنه باعها منه او وهبها اياه او وقفها عليه أو ادعت امرأته انه أصدقها اياها او أعتقها وأقام بذلك بينة قضي له بها بغير خلاف نعلمه لان بينة هذا شهدت بأمر خفي على البينة الاخرى والبينة الاخرى شهدت بالاصل فيمكن انه كان ملكه ثم صنع به ما شهدت به البينة الاخرى ، ولو مات رجل وترك داراً فادعى ابنه أنه خلفها ميراثا وادعت امرأته انه أصدقها اياها وأقاما بذلك بينتين حكم بها للمرأة ، ولانها تدعي أمراً زائداً خفي على بينة الابن، وسواء شهدت البينه بالشراء وما في معناه بأنه باع ملكه اوما في يده اولم تشهد بذلك ، وسواء شهدت بالبيع والقبض اولم تذكر القبض وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يثبت الملك للمشتري ولا تزال يد البائع الا ان تشهد البينة بأنه باع ملكه او ما في يده ؛ لان البيع المطلق ليس بحجة لانه قد يبيع ما لا يملك .

ولنا أن بينة البائع أثبتت الملك له فإذا أقامت بينة الشراء عليه كانت حجة عليه فى إزالة ملكه عنها الى المشترى فوجب القضاء له بها ، ولو ادعى إنسان داراً فى يد رجل أنها لى منذ سنة وأقام بهذا بينة فجاء ثالث فادعى أنه اشتراها من مدعيها منذ سنتين وأقام بهذا بينة ثبت لمدعى الشراء وليس فى شهادة البينة الأولى أنه تملكها منذ سنة ما يبطل أنها له منذ سنتين لانه لا تنافى بين ملكها منذ سنتين وملكها منذ سنة ، وإن المالك منذ سنتين يستمر ملكه فى السنة الثانية فإن قالت بينة الشراء هو مالكها ثبت الملك بغير خــلاف ، وان لم تقل ذلك كان فيه من الخلاف ما قد ذكرناه .

(فصل) ولو ادعى رجل ملك دار فى يد آخر وادعى صاحب اليد أنها فى يده منذ سنتين وأقام كل واحد منهما بينة بداعوه فهى لمدعى الملك بلا خلاف نعلمه لانه لا تنافى بين الدعوتين ولا البينتين لانها قد تكون ملكا له وهى فى يد الآخر ، وان ادعى دابة أنها له منذ عشر سنين وأقام بهذا بينة فوجدت الدابه لها أقل من عشر سنين فالبينه كاذبه والدابه لمن هى فى يده .

(فصل) واذا شهد شاهدان على رجل أنه أقر لفلان بألف وشهد أحدهما أنه قضاه ثبت الاقرار ، فإن حلف مع شاهده على القضاء ثبت وإلا حلف المقر له أنه لم يقضه ويثبت له الالف ، وان شهد أحدهما أن له عليه ألفا وشهد الآخر أنه قضاه ألفا تثبت عليه الالف لان شاهد القضاء لم يشهد بألف عليه وانما تضمنت شهادته أنها كانت عليه ، والشهادة لا تقبل الا صريحه ، بخلاف المسألة الأولى فان البينه أثبتت الألف بشهادتها الصريحه بها ، ولو ادعى أنه أقرضه ألفا فقال لا يستحق على شيئاً فأقام بينه بالقرض وأقام المدعى عليه بينه أنه قضاه ألفا ولم يعرف التاريخ برىء بالقضاء لانه لم يثبت عليه إلا ألف واحد ولا يكون القضاء إلا لما عليه فلهذا جعل القضاء للألف الثابته .

وان قال ما أقرضنى ثم أقام بينه بالقضاء لم تقبل بينته فى أنه قضاه للقرض لأنه بانكاره القرض تعين صرفها الى قضاء غيره ولو لم ينكر القرض الا أن بينة القضاء كانت مؤرخه بتاريخ سابق على القرض لم يجز صرفها الى قضاء القرض لانه لا يقضى القرض قبل وجوده .

« مسألة » قال (ولو مات رجل وخلف ولدين مسلما وكافراً فادعى المسلم أن أباه مات مسلما وادعى الكافر أن أباه مات كافراً فالقول قول الكافر مع يمينه لأن المسلم باعترافه بأخوة الكافر يعترف بأن أباه كان كافراً مدعيا لاسلامه وان لم يعترف بأخوة الكافر ولم تكن بينة بأخوته كان الميراث بينهما نصفين لتساوي أيديهما)

وجملته أنه إذا مات رجل لا يعرف دينه وخلف تركة وابنين يعترفان أنه أبوهما أحدهما مسلم والآخر كافر، فادعى كل واحد منهما أنه مات على دينه وأن الميراث له دون أخيه فالميراث للكافر لأن دعوى المسلم لا تخلو من أن يدعى كون الميت مسلما أصليا فيجب كون أولاده مسلمين ويكون أخوه الكافر مرتداً وهذا خلاف الظاهر فإن المرتد لا يقر على ردته فى دار الاسلام أو يقول إن أباه كان كافراً فأسلم قبل موته فهو معترف بأن الاصل ماقاله أخوه مدع زواله وانتقاله والأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله، وهذا معنى قول الخرقى أن المسلم باعترافه بأخوة الكافر معترف أن أباه كان كافراً مدعياً لإسلامه .

وذكر ابن أبي موسى عن أحمد رواية أخرى أنهما فى الدعوى سواء فالميراث بينهما نصفين كما لو تنازع اثنان عينا فى أيديهما، ويحتمل أن يكون الميراث للمسلم منهما، وهو قول أبي حنيفة لأن الدار دار الإسلام يحكم بإسلام لقيطها ويثبت للميت فيها إذا لم يعرف أصل دينه حكم الإسلام فى الصلاة عليه ودفنه وتكفينه من الوقف الموقوف على أكفان موتى المسلمين، ولأن هذا حكمه حكم الموتى المسلمين فى تغسيله والصلاة عليه ودفنه فى مقابر المسلمين وسائر أحكامه فكذلك فى ميراثه، ولأن الاسلام يعلو ولا يعلى عليه، ويجوز أن يكون أخوه الكافر مرتداً لم تثبت عند الحاكم ردته ولم ينته الى الامام خبره، وظهور الاسلام بناء على هذا أكثر من ظهور الكفر بناء على كفر أبيه، ولهذا جعل الشرع أحكامه أحكام المسلمين فيما عدا المتنازع فيه .

وقال القاضي : قياس المذهب أنا ننظر فإن كانت التركة فى أيديهما قسمت بينهما نصفين وان لم تكن فى أيديهما أقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف واستحق

كما قلنا فيما إذا تداعيا عينا ، ويقتضى كلامه أنها إذا كانت فى يد أحدهما فهى له مع يمينه ، وهذا لا يصلح لأن كل واحد منهما يعترف أن هذه التركة تركة هذا الميت وأنه إنما يستحقها بالميراث فلا حكم ليده .

وقال أبو الخطاب : يحتمل أن يقف الأمر حتى يعرف أصل دينه أو يصطلحا وهذا قول الشافعى .

ولنا ما ذكرناه من الدليل على ظهور كفره وعند ذلك يتعين الترجيح لقوله وصرف الميراث اليه ، وأما ظهور حكم الاسـلام فى الصلاة عليه فلأن الصلاة لا ضرر فيها على أحد ، وكذلك تغسيله ودفنه .

وأما قوله إن الاسلام يعلو ولا يعلى ، فإنما يعلو إذا ثبت والنزاع فى ثبوته ، وهذا إذا لم يثبت ، فأما ان ثبت أصل دينه فالقول قول من ينفيه عليه مع يمينه ، وهذا قول الشافعى وأبى ثور وابن المنذر . وقال أبو حنيفة : القول قول المسلم على كل حال لما ذكرنا فى التى قبلها .

ولنا أن الأصل بقاء ما كان عليه وكان القول قول من يدعيه كسائر المواضع فأما ان لم يعترف المسلم بأخوة الكافر وادعى كل واحد منهما أن الميت أبوه دون الآخر فهما سواء فى الدعوة لتساوى أيديهما ودعاويهما ، فإن المسلم والكافر فى الدعوى سواء ، ويقسم ميراثه نصفين كما لو كان فى أيديهما دار فادعاها كل واحد منهما ولا بينة لهما ، ويحتمل أن يقدم قول المسلم لما ذكرنا والله أعلم

« مسألة » قال (وإن أقام المسلم بينة أنه مات مسلما ، وأقام الكافر بينة أنه مات كافراً أسقطت البينتان وكانا كمن لا بينة لهما . وان قال شاهدان نعرفه كان كافراً ، وقال شاهدان نعرفه كان مسلما ، فالميراث للمسلم لأن الاسلام يطرأ على الكفر إذا لم يؤرخ شهود معرفتهم)

وجملة ذلك أنه إذا خلف الميت ولدين مسلما وكافراً ، فادعى المسلم أنه مات مسلما وأقام بذلك بينة ، وأقام الكافر بينة من المسلمين أنه مات كافراً ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان ، وإن عرف أصل دينه نظرنا فى لفظ الشهادة فإن شهدت كل واحدة منهما أنه كان آخر كلامه التلفظ بما شهدت به فهما متعارضتان .

وإن شهدت إحداهما أنه مات على دين الاسلام، وشهدت الأخرى أنه مات على دين الكفر قدمت بينة من يدعي انتقاله عن دينه، لأن المبقية له على أصل دينه ثبتت شهادتها على الأصل الذي تعرفه. لأنهما إذا عرفا أصل دينه ولم يعرفا انتقاله عنه جاز لهما أن يشهدا أنه مات على دينه الذي عرفاه والبينة الاخرى معها علم لم تعلمه الاولى فقدمت عليها، كما لو شهدا بأن هـذا العبد كان ملكا لفلان إلى أن مات وشهد آخران أنه أعتقه أو باعه قبل موته قدمت بينة العتق والبيع. فأما ان قال شاهدان نعرفه قبل موته قد كان مسلماً، وقال شاهدان نعرفه كان كافراً نظرنا في تاريخهما. فإن كانتا مؤرختين بتاريخين مختلفين عمل بالآخرة منهما لانه ثبت أنه انتقل عما شهدت به الاولى إلى ما شهدت به الآخرة.

وإن كانتا مطلقتين أو إحداهما مطلقة قدمت بينة المسلم لان المسلم لا يقر على الكفر في دار الاسلام، وقد يسلم الكافر فيقر، وان كانتا مؤرختين بتاريخ واحد نظرت في شهادتهما فإن كانت على اللفظ فهما متعارضتان، وإن لم تكن على اللفظ ولم يعرف أصل دينه فهما متعارضتان، وان عرف أصل دينه قدمت الناقلة له عن أصل دينه، وكل موضع تعارضت البينتان فقال الخرقي تسقط البينتان ويكونان كمن لا بينة لهما؛ وقد ذكرنا روايتين آخرتين.

احداهما: يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف وأخذ

والثانية: تقسم بينهما ونحو هذا.

قال الشافعي وقال أبو حنيفة: تقدم بينة الاسلام على كل حال، وقد مضى الكلام معه، وقول الخرقي فيما اذا قال شاهدان نعرفه كان مسلما، وقال شاهدان نعرفه كان كافراً محمول على من لم يعرف أصل دينه أو علم أن أصل دينه الكفر، أما من كان مسلما في الاصل فينبغي أن تقدم بينة الكفر لان بينة الاسلام يجوز أن تستند الى ما كان عليه في الاصل.

(فصل) وان خلف ابنا مسلما وأخا كافراً فاختلفا في دينه حال الموت فالحكم فيها كالتي قبلها، وهكذا سائر الاقارب الا أن يخلف أبوين كافرين وابنين مسلمين أو غيرهما من الاقارب ويختلفون في دينه فان كون الابوين كافرين بمنزلة معرفة أصل دينه لأن الولد قبل بلوغه محكوم له بدين أبويه فثبت أنه كان

كافراً وأن الابنين يدعيان إسلامه فيكون القول قول الأبوين وإن كانا مسلمين فالقول قولهما فى إسلامه لأن كفره ينبنى على أنه كان مسلما فارتد، أو أن أبويه كانا كافرين فأسلما بعد بلوغه والأصل خلافه .

(فصل) ولو مات مسلم وخلف زوجة وورثة سواها وكانت الزوجة كافرة ثم أسلمت فادعت أنها أسلمت قبل موته فأنكرها الورثة فالقول قول الورثة ، لأن الأصل عدم ذلك ، وإن لم يثبت أنها كافرة فادعى عليها الورثة أنها كانت كافرة فأنكرتهم فالقول قولها لأن الاصل عدم ما ادعوه عليها ، وإن ادعوا أنه طلقها قبل موته فأنكرتهم فالقول قولها ، وإن اعترفت بالطلاق وانقضاء العدة وادعت أنه راجعها فالقول قولهم . وإن اختلفوا فى انقضاء عدتها فالقول قولها فى أنها لم تنقض لأن الاصل بقاؤها ولا نعلم فى هذا كله خلافا ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وأبو ثور .

ولو خلف ولدين مسلمين اتفقا على أن أحدهما كان مسلما حين موت أبيه وادعى الآخر أنه أسلم فى حياة أبيه وجحده أخوه فالميراث للمتفق عليه ، لأن الاصل بقاء الكفر الى أن يعلم زواله ، وعلى أخيه اليمين ويكون على نفى العلم لأنها على نفى فعل أخيه إلا أن يكون ثبت انه كان مسلما قبل القسمه ، فإن من أسلم على ميراث قبل أن يقسم قسم له ، وان كان أحدهما حراً والآخر رقيقا ثم عتق واختلفا فى حريته عند الموت فالقول قول من ينفيها وإن لم يثبت أنه كان رقيقا ولا كافراً فادعى عليه انه كان كذلك فأنكر فالقول قوله والميراث بينهما ، لأن الاصل الحرية والاسلام وعدم ما سواهما .

(فصل) وان أسلم أحد الابنين فى غرة شعبان وأسلم الآخر فى غرة رمضان واختلفا فى موت ابيهما ، فقال الاول منهما مات فى شعبان فورثته وحدى . وقال الآخر مات فى رمضان فالميراث بينهما لأن الاصل بقاء حياته حتى يعلم زوالها ، فإن اقام كل واحد منهما بينة بدعواه ففيه وجهان .

احدهما : يتعارضان ، والثانى : تقدم بينة موته فى شعبان لان معها زيادة علم لانها بينت موته فى شعبان ، ويجوز ان يخفى ذلك على البينة الاخرى .

(فصــل) وان اختلفا فى دار فادعى احدهما ان هذه دارى ورثتها من ابى

وادعى الآخر أنها داره ورثها من أبيه وليس أحدهما أخاً للآخر وكانت فى يد أحدهما فهى للذى هى فى يده ، سواء كان مسلما أو كافراً ، وان كانت فى أيديهما فهى بينهما ، وان كان لكل واحد منهما بينة وهى فى أيديهما تعارضتا وكان الحكم فيها على ما قدمنا فى مثلها .

« مســــألة » قال ﴿ وإذا ماتت امرأة وابنها ، فقال زوجها ماتت قبل ابنها فورثناها ثم مات ابنى فورثته ، وقال أخوها مات ابنها فورثته ثم ماتت فورثناها حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وكان ميراث الابن لأبيه وميراث المرأة لأخيها وزوجها نصفين ﴾

وجملته أنه إذا مات جماعة يرث بعضهم بعضا واختلف الأحياء من ورثتهم فى أسبقهم بالموت . كامرأة وابنهاماتا فقال الزوج ماتت المرأة أولا فصار ميراثها كله لى ولابنى ثم مات ابنى فصار ميراثه لى ؛ وقال أخوها مات ابنها أولا فورثت ثلث ماله ثم ماتت فكان ميراثها بينى وبينك نصفين ، حلف كل واحد منهما على إبطال دعوى صاحبه وجعلنا ميراث كل واحد منهما للأحياء من ورثته دون من مات معه ، لأن سبب استحقاق الحى من موروثه موجود وإنما يمتنع لبقاء موروث الآخر بعده ، وهذا أمر مشكوك فيه فلا نزول عن اليقين بالشك فيكون ميراث الابن لأبيه لا مشارك له فيه وميراث المرأة بين أخيها وزوجها نصفين . وهذا مذهب الشافعى .

فان قيل فقد أعطيتم الزوج نصف ميراث المرأة وهو لا يدعى إلا الربع . قلنا بل هو مدع له كله ، ربعه بميراثه منها وثلاثة أرباعه بإرثه من ابنه .

قال أبو بكر . وقد ثبتت البنوة بيقين فلا يقطع ميراث الأب منه إلا ببينة تقوم للأخ . وهذا تعليل لقول الخرقى فى هذه المسألة ، وذكر قولا آخر أنه يحتمل أن الميراث بينهما نصفين ، قال وهذا اختيارى أن كل رجلين ادعيا ما لا يمكن صدقهما فيه فهو بينهما نصفين ، وهذا لا يدرى ما أراد به إن أراد أن مال المرأة بينهما نصفين فهو قول الخرقى وليس بقول آخر ، وان أراد أن مالها ومال الابن بينهما نصفين لم يصح لأنه يفضى الى إعطاء الأخ ما لايدعيه ولا يستحقه

يقينا لأنه لا يدعي من مال الابن أكثر من سدسه ولا يمكن أن يستحق أكثر منه وان أراد أن ثلث مال الابن يضم الى مال المرأة فيقتسمانه نصفين لم يصح لأن نصفـــ ذلك للزوج باتفاق منهما لا ينازعه الأخ فيه ، وإنما النزاع بينهما فى نصفه ويحتمل ان يكون هذا مراده كما لو تنازع الاخ فيه ، وإنما النزاع بينهما خفي كما لو تنازع رجلان دارا فى أيديهما فادعاها أحدهما كلها وادعى الآخر نصفها فإنها تقسم بينهما نصفين وتكون اليمين على مدعى النصفـــ ، إلا أن الفرق بين هذه المسألة وتلك أن الدار فى أيديهما فكل واحد منهما فى يده نصفها ، فمدعى النصف يدعيه وهى فى يده فقبل قوله فيه مع يمينه ، وفى مسألتنا يعترفان أن هذا ميراث عن الميتين فلا بد لأحدهما عليه لاعترافهما بأنه لم يكن لهما وإنما هو ميراث يدعيانه عن غيرهما ، وان أرادا ان يضم سدس مال الابن الى نصف مال المرأة فيقسم بينهمانصفين فله وجه لأنهما تساويا فى دعواه فيقسم بينهما كما لو تنازعا دابة فى أيديهما وعلى كل واحد منهما اليمين فيما حكم له به ، والذى يقتضيه قول اصحابنا فى الغرقى والهدمى ان يكون سدس ميراث الابن للاخ وباقى الميراثين للزوج لاننا نقدر ان المرأة ماتت اولا فيكون ميراثها لابنها وزوجها ، ثم مات الابن فورث الزوج كل مافى يده فصار ميراثها كله لزوجها ، ثم نقدر ان الابن مات اولا فورثه ابواه ، لأمه الثلث ثم ماتت فصار الثلث بين اخيها وزوجها نصفين لكل واحد منهما السدس فلم يرث الاخ الا سدس مال الابن كما ذكرنا ، ولعل هذا القول يختص بمن جهل موتهما واتفق وراثهما على الجهل به ، والقولان المتقدمان قول الخرقى وقول ابى بكر فيما اذا ادعى ورثة كل ميت انه مات اخيراً وان الآخر مات قبله ؛ فإن كان لأحدهما بينة بما ادعاه حكم بها ، وان اقاما بينتين تعارضتا ، وهل تسقطان او تستعملان فيقرع بينهما او يقتسمان ما اختلفا فيه ؟ يخرج على الروايات الثلاث والله اعلم

(فصل) ولو كان فى يد رجل دار فادعت امرأته انه اصدقها إياها او انها اشترتها منه فأنكرها فالقول قوله مع يمينه لان القول قول المنكر مع يمينه ؛ وإن اقام كل واحد منهما بينة قدمت بينة المرأة لانها تشهد بزيادة خفيت على بينة الزوج وان مات الرجل وخلفـــ ابنا فادعى الابن انه خلفـــ الدار ميراثا وادعت المرأة

أنه أصدقها إياها أو باعها إياها وأقاما بينتين قدمت بينة المرأة لذلك ، فإن لم تكن بينة فالقول قول الابن مع يمينه ، لا نعلم فى هذا خلافا .

(فصـــل) وإذا ادعى رجل أنه اكترى بيتا من دار لرجل شهراً بعشرة فادعى الرجل أنه اكترى الدار كلها بعشرة ذلك الشهر ولا بينة لواحد منهما فقد اختلفا فى صفة العقد فى قدر المكترى فيتحالفان ، وقد مضى حكم التحالف فى البيع ، وذكر أبو الخطاب فيما اذا ادعى البائع أنه باعه عبده هذا بعشرة وقال المشترى بل هو والعبد الآخر بعشرة فالقول قول البائع مع يمينه ولم يجعل بينهما تحالفا لأن المشترى يدعى بيعا فى العبد الزائد ينكره البائع والقول قول المنكر وهذا مثله ، فعلى هذا يكون القول قول المكرى مع يمينه إذا عدمت البينة .

وان أقام أحدهما بدعواه بينة حكم له وان كان مع كل واحد بينة تعارضتا سواء كانتا مطلقتين أو مؤرختين بتاريخ واحد ، أو احداهما مؤرخة والأخرى مطلقة لان العقد على البيت مفرداً وعلى الدار كلها فى زمن واحد محال .

فإن قلنا تسقطان فالحكم فيه كما لو لم يكن بينهما بينة ، وان قلنا يقرع بينهما قدمنا قول من تقع له القرعة ، وهذا قول القاضى وظاهر مذهب الشافعى ، وعلى قول أبى الخطاب تقدم بينة المكترى لانها تشهد بزيادة وهو قول بعض أصحاب الشافعى . فإن قيل فهلا أوجبتم الاخريين معا على المكترى كما قلتم فيما اذا قامت البينة أنه تزوجها يوم الخميس بألف فقامت بينة أخرى أنه تزوجها يوم الجمعه بألفين يجب المهران ، قلنا ثم يجوز أن يكون المهران مستقرين بأن يتزوجها يوم الخميس ويدخل بها ثم يخالعها ثم يتزوجها يوم الجمعه ، وأما الأجرة فلا تستقر الا بمضى الزمان ، فإذا عقد عقداً قبل مضى المدة لم يجز أن تجب الاجرتان .

« مسألة » قال (ولو شهد شاهدان على رجل أنه أخذ من صبى ألفا وشهد آخران على رجل آخر أنه أخذ من الصبى ألفا كان على ولى الصبى أن يطالب أحدهما بالالف الا أن تكون كل بينة لم تشهد بالالف الذى شهدت به الاخرى فيأخذ الولى الالفين)

أما اذا كانت كل بينه شهدت بألف غير معين فإن الولى يطالب بالألفين جميعا لان كل واحد من الرجلين ثبت عليه أحد الألفين فيلزمه أداؤها ، وعلى الولى أن يطالب بها كما لو اقر كل واحد منهما بألف .

واما ان كان المشهود به ألفا معينا فشهدت بينه ان هذا الرجل هو الآخذ لها لم يجب الا ألف واحد وللولى مطالبة أيهما شاء لأنه قد ثبت ان كل واحد منهما أخذ الالف ، فان كان لم يرده فقد استقر فى ذمته ، وان كان رده الى الصبى لم تبرأ ذمته برده اليه لانه ليس له قبض صحيح ، فان غرمه الذى لم يرده لم يرجع على احد لانه استقر عليه ، وان غرمه الراد له رجع على الذى لم يرده ، فان غرمه احدهما فادعى ان الضمان استقر على صاحبه ليرجع عليه فالقول قول الآخر مع يمينه ، لان الأصل عدم استقراره عليه .

« مسألة » قال (ولو ان رجلين حربيين جاءا من ارض الحرب فذكر كل واحد منهما انه اخو صاحبه جعلناهما اخوين ، وان كانا سبيا فادعيا ذلك بعد ان اعتقا فميراث كل واحد منهما لمعتقه اذا لم يصدقهما الا ان تقوم بما ادعياه بينة من المسلمين فيثبت النسب ويورث كل واحد منهما من اخيه)

وجملته ان اهل الحرب اذا دخلوا الينا مسلمين او غير مسلمين فأقر بعضهم بنسب بعض ثبت نسبهم كما يثبت نسب اهل دار الاسلام من المسلمين واهل الذمة باقرارهم ، ولانه اقرار لاضرر على احد فيه فقبل كاقرارهم بالحقوق المالية ولانعلم فى هذا خلافا .

وان كانوا سبيا فأقر بعضهم بنسب بعض وقامت بذلك بينه من المسلمين ثبت ايضا ، سواء كان الشاهد اسيرا عندهم او غير اسير ، ويسمى الواحد من هؤلاء حميلا اى محمولا ، كما يقال للمقتول قتيل وللمجروح جريح ، لأنه حمل من دار الكفر ، وقيل سمى حميلا لانه حمل نسبه على غيره ، وان شهد بنسبه الكفار لم تقبل .

وعن احمد روايه اخرى ان شهادتهم فى ذلك تقبل لتعذر شهادة المسلمين به فى الغالب ، فأشبه شهادة اهل الذمه على الوصيه فى السفر اذا لم يكن غيرهم ،

والمذهب الأول لأننا إذا لم نقبل شهادة الفاسق فشهادة الكافر أولى ، وانما لم يقبل اقرارهم لما فى ذلك من الضرر على السيد بتفويت إرثه بالولاء على تقدير العتق ، وان صدقهما معتقهما قبل لأن الحق له ، وان لم يصدقهما ولم تقم بينة بذلك لم يرث بعضهم من بعض وميراث كل واحد منهما لمعتقه ، وهذا قول الشافعى فيما إذا أقر بنسب أب أو أخ أو جد أو ابن عم ، وان أقر بنسب ففيه ثلاثة أوجه .

أحدها : لا يقبل : والثانى : يقبل لأنه يملك أن يستولد فملك الإقرار به ، والثالث : ان أمكن أن يستولد بعد عتقه قبل لأنه يملك الاستيلاد بعد عتقه وإلا لم يقبل لأنه لا يملك قبل عتقه أو يستولد قبل عتقه .

ويروى عن ابن مسعود ومسروق والحسن وابن سيرين أن إقراره يقبل فيما يقبل فيه الاقرار من الأحرار الاصليين ، وبه قال أبو حنيفة لأنه مكلف أقر بنسب وارث مجهول النسب يمكن صدقه فيه ووافقه المقر له فيه فقبل كما لو أقر من له أخ بنسب ابن ، وبهذا الأصل يبطل ما ذكروه .

ولنا ما روى الشعبى « أن عمر رضى الله عنه كتب الى شريح أن لا تورث حميلا حتى تقوم به بينة » رواه سعيد، وقال أيضا حدثنا سفيان عن ابن جدعان عن سعيد بن المسيب قال : كتب عمر بن الخطاب أن لا تورث حميلا الا ببينة ، ولأن إقراره يتضمن إسقاط حق معتقه من ميراثه فلم يقبل ، كما لو أقر أنه مولى لغيره فإن غيره شريكه فى ولائه ، وفارق الاقرار من الحر الذى له أخ ، لان الولاء نتيجة الملك لجرى مجراه ، ولان الولاء ثبت عن عوض والاخوة بخلافه ، ألا ترى أنه لو قال لغيره اعتق عبدك عنى وعلى ثمنه صح ولم يثبت له الا الولاء ؟ وإذا ثبت أنه بعوض كان أقوى من النسب ، وانما قدمنا النسب فى الميراث لقربه لا لقوته كما نقدم ذوى الفروض على العصبة مع قربهم .

(فصـــل) وإذا كانا مختلفى الدين لم يثبت النسب بإقرارهما وان لم يتوارثا لانه يحتمل أن يسلم الكافر منهما فيرث ، ولذلك لو أقرا بالنسب فى حال رقهما لم يثبت لاحتمال التوارث بالعتق .

وإن ولد لكل واحد منهما ابن من حرة فأقر كل واحد منهما للآخر أنه ابن عمه

احتمل أن يقبل إقراره لأنه لا ولاء عليه فيقبل إقراره لوجود المقتضى لقبوله وانتفاء المعارض ، واحتمل أن لا يقبل لأنه يرثه المسلمون ولانه اذا لم يقبل اقرار الاصول فالفروع أولى .

فإن قلنا : يقبل اقرارهما فاقر أحدهما لابن الآخر أنه عمه لم يثبت الاقرار بالنسبه الى أنه ابن أخيه لانه لو ثبت لورث عمه دون مولاه المعتق له ، وهل يثبت بالنسبه الى العم فيرث ابن أخيه ؟ يحتمل أن يثبت لانتفاء الولاء عن ابن الاخ فلا تفضى صحة الإقرار الى اسقاط الولاء ، والاولى أنه لا يثبت لانه لم يثبت بالنسبة الى أحد الطرفين فلم يثبت فى الآخر .

« مسألة » قال (واذا كان الزوجان فى البيت فافترقا أو ماتا فادعى كل واحد منهما مافى البيت أنه له أو ورثته حكم بما كان يصلح للرجال للرجل وما كان يصلح للنساء المرأة وما كان يصلح أن يكون لهما فهو بينهما نصفين)

وجملة ذلك أن الزوجين اذا اختلفا فى متاع البيت أو فى بعضه فقال كل واحد منهما جميعه لى أو قال كل واحد منهما هذه العين لى وكانت لأحدهما بينة ثبت له بلا خلاف ؛ وان لم يكن لواحد منهما بينة فالمنصوص عن أحمد أن ما يصلح للرجال من العمائم وقمصانهم وجبابهم والاقبية والطيالسة والسلاح وأشباه ذلك القول فيه قول الرجل مع يمينه ، وما يصلح للنساء كحليهن وقمصهن ومقانعهن ومغازلهن فالقول قول المرأة مع يمينها ، وما يصلح لهما كالمفارش والأوانى فهو بينهما ، وسواء كان فى أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم ، وسواء اختلفا فى حال الزوجية أو بعد البينونة ، وسواء اختلفا أو اختلف ورثتهما أو أحدهما وورثة الآخر .

قال أحمد فى رواية الجماعة منهم يعقوب بن بختان فى الرجل يطلق زوجته أو يموت فتدعى المرأة المتاع . فما كان يصلح للرجال فهو للرجل وما كان من متاع النساء فهو للنساء وما استقام أن يكون بين الرجال والنساء فهو بينهما ، وان كان المتاع على يدى غيرهما فمن أقام البينة دفع اليه وان لم تكن لهما بينة أقرع بينهما فمن كانت له القرعة حلف وأعطى المتاع .

وقال فى روايه مهنا : وكذلك ان اختلفا وأحدهما مملوك ، وبهذا قال الثورى وابن أبى ليلى .

وقال القاضى : هذا انما هو فيما اذا كانت أيديهما عليه من طريق الحكم ، أما ما كان فى يد أحدهما من طريق المشاهدة فهو له مع يمينه ، وان كان فى أيديهما قسم بينهما نصفين سواء كان يصلح لهما أو لاحدهما وهذا قول أبى حنيفة ومحمد بن الحسن الا أنهما قالا مايصلح لهما ويدهما عليه من طريق الحكم فالقول فيه قول الرجل مع يمينه ، واذا اختلف أحدهما وورثة الآخر فالقول قول الباقى منهما لان اليد المشاهدة أقوى من اليد الحكمية ، بدليل أنه لو تنازع الخياط وصاحب الدار فى الابرة والمقص كانت للخياط .

وقال أبو يوسف : القول قول المرأة فيما جرت العادة أنه قدر جهاز مثلها وقال مالك ما صلح لكل واحد منهما فهو له وما صلح لهما كان للرجل ، سواء كان فى أيديهما من طريق المشاهدة أو من طريق الحكم : لان البيت للرجل ويده أقوى عليه لان عليه السكنى .

وقال الشافعى وزفر والبتى : كل مافى البيت بينهما نصفين فيحلف كل واحد منهما على نصفه ويأخذه .

وروى نحو ذلك عن عبدالله بن مسعود رضى الله عنه لانهما تساويا فى ثبوت يدهما على المدعى وعدم البينة فلم يقدم أحدهما على صاحبه كالذى يصلح لهما او كما لو كان فى يدهما من حيث المشاهدة عند من سلم ذلك .

ولنا ان ايديهما جميعا على متاع البيت بدليل ما لو نازعهما فيه أجنبي كان القول قولهما ، وقد يرجح احدهما على صاحبه يداً وتصرفا فيجب ان يقدم كما لو تنازعا دابة احدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها او قميصا احدهما لابسه والآخر آخذ بكمه ، او جداراً متصلا بدار يهما معقوداً ببناء احدهما او له عليه ازج .

ولنا على ابى حنيفه والقاضى : انهما تنازعا فيما فى ايديهما ولا مزية لاحدهما على صاحبه ، اشبه اذا كان فى اليد الحكمية .

فأما ما كان يصلح لهما فإنه فى ايديهما ، ولا مزية لأحدهما على صاحبه ،

أشبه اذا كان فى أيديهما من جهة المشاهدة والدلالة على أنه ليس للنافى أن وارث الميت قائم مقامه ، أشبه ما لو وكل أحدهما لنفسه وكيلا ، فأما إذا لم يكن لهما يد حكمية بل تنازع رجل وامرأة فى عين غير قماش بينهما فلا يرجح أحدهما بصلاحية ذلك له ، بل إن كانت فى أيديهما فهى بينهما وإن كانت فى يد أحدهما فهى له ، وإن كانت فى يد غيرهما اقترعا عليها ، فمن خرجت له القرعة فهى له واليمين على من حكمنا بها له فى كل المواضع لأنه ليس لهما يد حكمية فأشبها سائر المختلفين .

(فصل) وإذا كان فى الدكان نجار وعطار فاختلفا فيما فيها حكم بآلة كل صناعة لصاحبها ، فآلة العطارين للعطار وآلة النجارين للنجار ، وإن لم يكونا فى دكان واحد لكن اختلفا فى عين لم يرجح أحدهما بصلاحية العين المختلف فيها له كما ذكرنا فى الزوجين ، ويكون ذلك كتنازع الأجنبيين .

(فصل) وإذا اختلف المكرى والمكترى فى شىء فى الدار نظرت فإن كان مما ينقل ويحول كالأثاث والأوانى والكتب فهو للمكترى لأن العادة أن الانسان يكرى داره فارغة من رحله وقماشه ، وإن كان فى شىء مما يتبع فى البيع كالأبواب المنصوبة والخوابى المدفونة والرفوف المسمرة والسلالم المستمرة والمفاتيح والرحا المنصوبة وحجرها التحتانى فهو للمكرى لأنه من توابع الدار فأشبه الشجرة المغروسة فيها ، وإن كانت الرفوف موضوعة على أوتاد فقال أحمد : إذا اختلفا فى الرفوف فهى لصاحب الدار ، فظاهر هذا العموم فى الرفوف كلها .

وقال القاضى : كلام أحمد محمول على المسمرة فأما غير المسمرة فهى بينهما اذا تحالفا لأنها لا تتبع فى البيع فأشبهت القماش ، وهذا ظاهر يشهد المكترى ، وللمكرى ظاهر يعارض هذا وهو أن المكرى يترك الرفوف فى الدار ولا ينقلها عنها ، فإذا تعارض الظاهران من الجانبين استويا ، وهذا مذهب الشافعى ، فعلى هذا اذا تحالفا كانت بينهما ، وان حلف أحدهما ونكل الآخر فهى لمن حلف

وذكر القاضى فى موضع آخر وأبو الخطاب : أنه ان كان للرف شكل منصوب فى الدار فهو لصاحب الدار مع يمينه وان لم يكن له شكل منصوب تحالفا وكان بينهما لأنه اذا كان له شكل منصوب فى الدار فالشكل تابع للدار فهو لصاحبها ، والظاهر أن أحد الرفين لمن له الاخر ، وكذلك ان اختلفا فى مصراع

باب مقلوع فالحكم فيه كما ذكرنا لأن أحدهما لا يستغنى عن صاحبه فكان أحدهما لمن له الاخر كالحجر الفوقانى من الرحا والمفتاح مع السكرة ، ووجه ظاهر كلام أحمد فى أن الرفوف لصاحب الدار على كل حال أن العادة جارية بترك الرفوف فى الدار ولم تجر بنقل المكترى لها معه فكانت لصاحب الدار كالذى له شكل منصوب ، ولأنها إذا كانت لها أوتاد منصوبة فالأوتاد لصاحب الدار فكذلك ما نصبت له كالحجر الفوقانى من الرحا إذا كان السفلانى منصوبا ومفتاح السكرة المسمرة .

(فصـــل) وإذا كان الخياط فى دار غيره فاختلفا فى الابرة والمقص فهى للخياط لأن تصرفه فيهما أكثر وأظهر والظاهر معه ، لان الانسان اذا دعا خياطا ليخيط له فالعادة أنه يحمل معه إبرته ومقصه ، وان اختلفا فى القميص فهو لصاحب الدار إذ ليست العادة أن يحمل القميص معه يخيطه فى دار غيره ، وإنما العادة أن يخيط قميص صاحب الدار فيها .

وإن اختلف صاحب الدار والنجار فى القدوم والمنشار وآلة النجارة فهى للنجار ، وإن اختلفا فى الخشبة المنجورة والابواب والرفوف المنشورة فهى لصاحب الدار . وان اختلف النجاد ورب الدار فى قوس الندف فهو للنجاد ، وان اختلفا فى الفرش والقطن والصوف فهو لصاحب الدار ، وان اختلف رب الدار والسقا فى القربة فهى للسقا ، وان اختلفا فى الخابية والجرار فهى لصاحب الدار لما ذكرنا .

(فصـــل) وإذا تنازع رجلان دابة أحدهما راكبها والآخر آخذ بزمامها فالراكب أولى بها لأن تصرفه فيها أقوى ويده آكد وهو المستوفى لمنفعتها . وان كان لاحدهما عليها حمل والاخر آخذ بزمامها فهى لصاحب الحمل لذلك ، وان كان لاحدهما عليها حمل والاخر راكب عليها فهى للراكب لانه أقوى تصرفاً وان اختلفا فى الحمل فادعاه الراكب وصاحب الدابة فهو للراكب لان يده على الدابة والحمل معاً ، فأشبه ما لو اختلف الساكن وصاحب الدار فى قماش فيها . وان تنازع صاحب الدابة والراكب فى السرج فهو لصاحب الدابه لان السرج فى العادة يكون لصاحب الفرس . وان تنازع اثنان فى ثياب على عبد لاحدهما فهى لصاحب العبد لان يد العبد عليها وان تنازع صاحب الثياب والاخر فى العبد اللابس

لها فهما سواء لأن نفع الثياب يعود إلى العبد لا إلى صاحب الثياب ، ومذهب الشافعى فى هذا الفصل والذى قبله كما ذكرنا .

(فصل) فإن اختلف صاحب أرض ونهر فى حائط بينهما فهو لهما ويحلف كل واحد منهما على النصف المحكوم له به .

وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة هو لصاحب النهر لأنه لنفعه . وقال أبو يوسف ومحمد هو لصاحب الأرض لأنه متصل بأرضه .

ولنا أنه حاجز بين ملكيهما فكانت يدهما عليه فيكون لهما ، كما لو تنازع صاحب العلو والسفل فى السقف الذى بينهما أو حائط بين داريهما ، وما ذكروه من الترجيحين متقابل فيستويان ، وإن تنازع صاحب العلو والسفل فى السقف الذى بينهما فهو بينهما لذلك ، وكل موضع قلنا يقسم بينهما نصفين فإنما يحلف كل واحد منهما على النصف الذى يحصل له دون النصف الاخر ، لأن ما يحصل له لا يفيده الحلف عليه شيئا فلا يستحلف عليه كالمدعى لا يحلف على ما يأخذه المدعى عليه .

(فصل) وإن تنازعا عمامة طرفها فى يد أحدهما وباقيها فى يد الاخر أو قميصا كمه فى يد أحدهما وباقيه مع الاخر فهما سواء فيها لأن يد الممسك بالطرف عليها بدليل أنه لو كان باقيها على الارض فنازعه فيها غيره كانت له ، وإذا كانت فى أيديهما تساويا فيها ، ولو كانت دار فيها أربعة أبيات وفى أحد أبياتها ساكن وفى الثلاثة الباقية ساكن آخر فاختلفا فيها كان لكل واحد ما هو ساكن فيه لان كل بيت ينفصل عن صاحبه ولا يشارك الخارج منه الساكن فيه فى ثبوت اليد عليه ولو تنازعا الساحه التى يتطرق منها إلى البيوت فهى بينهما نصفين لاشتراكهما فى ثبوت اليد عليها فأشبهت العمامة فيما ذكرنا .

« مسألة » قال (ومن كان له على أحد حق فمنعه منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « أد الامانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه الترمذى)

وجملته أنه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له أن

يأخذ من ماله إلا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم ، فإن أخذ من ماله شيئا بغير اذنه لزمه رده اليه ، وان كان قدر حقه لانه لا يجوز أن يملك عليه عينا من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة ، وان كانت من جنس حقه لانه قد يكون للانسان غرض فى العين ، فإن أتلفها أو تلفت فصارت دينا فى ذمته وكان الثابت فى ذمته من جنس حقه تقاصا فى قياس المذهب ، والمشهور من مذهب الشافعى وان كان مانعا له لامر يبيح المنع كالتأجيل والاعسار لم يجز أخذ شىء من ماله بغير خلاف وان أخذ شيئا لزمه رده ان كان باقيا أو عوضه ان كان تالفا ولا يحصل التقاص ههنا لان الدين الذى له لا يستحق أخذه فى الحال بخلاف التى قبلها ، وان كان مانعا له بغير حق وقدر على استخلاصه بالحاكم أو السلطان لم يجز له الاخذ أيضا بغيره لانه قدر على استيفاء حقه بمن يقوم مقامه فأشبه ما لو قدر على استيفائه من وكيله ، وان لم يقدر على ذلك لكونه جاحداً له ولا بينة له به ، أو لكونه لا يجيبه الى المحاكمة ولا يمكنه اجباره على ذلك أو نحو هذا فالمشهور فى المذهب أنه ليس له أخذ قدر حقه ، وهو احدى الروايتين عن مالك

قال ابن عقيل : وقد جعل أصحابنا المحدثون لجواز الاخذ وجها فى المذهب أخذا من حديث هند حين قال لها النبى صلى الله عليه وسلم « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف »

وقال أبو الخطاب : ويتخرج لنا جواز الاخذ فإن كان المقدور عليه من جنس حقه أخذ بقدره ، وان كان من غير جنسه تحرى واجتهد فى تقويمه ، مأخوذ من حديث هند ومن قول احمد فى المرتهن : يركب ويحلب بقدر ما ينفق والمرأة تأخذ مؤنتها وبائع السلعة يأخذها من مال المفلس بغير رضا .

وقال الشافعى : ان لم يقدر على استخلاص حقه بعينه فله أخذ قدر حقه من جنسه أو من غير جنسه ، وان كانت له بينة وقدر على استخلاصه ففيه وجهان ، والمشهور من مذهب مالك أنه ان لم يكن لغيره عليه دين فله أن يأخذ بقدر حقه وان كان عليه دين لم يجز لانهما يتحاصان فى ماله اذا أفلس .

وقال أبو حنيفة : له أن يأخذ بقدر حقه ان كان عينا أو ورقا ، أو من جنس

حقه ، وإن كان المال عرضا لم يجز لأن أخذ العرض عن حقه اعتياض ولا تجوز المعاوضة إلا برضا من المتعاوضين قال الله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) واحتج من أجاز الأخذ بحديث هند حين جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت « يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقال . خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » متفق عليه واذا جاز لها أن تأخذ من ماله ما يكفيها بغير اذنه جاز للرجل الذي له الحق على الرجل .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « أد الأمانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه الترمذي وقال حديث حسن ، ومتى أخذ منه قدر حقه من ماله بغير علمه فقد خانه فيدخل في عموم الخبر . وقال صلى الله عليه وسلم « لا يحل مال امرىء مسـلم الا عن طيب نفس منه » ولأنه ان أخذ من غير جنس حقه كان معاوضة بغير تراض ، وان أخذ من جنس حقه فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه فإن التعيين اليه . ألا ترى انه لا يجوز له أن يقول اقضني حقي من هذا الكيس دون هذا ؟ ولأن كل ما لا يجوز له تملكه اذا لم يكن له دين لا يجوز له أخذه اذا كان له دين ، كما لو كان باذلا له .

وأما حديث هند فإن أحمد اعتذر عنه بأن حقها واجب عليه في كل وقت ، وهذا اشارة منه الى الفرق بالمشقة في المحاكمة في كل وقت والمخاصمة كل يوم تجب فيه النفقة بخلاف الدين ، وفرق أبو بكر بينهما بفرق آخر ، وهو أن قيام الزوجية كقيام البينة فكأن الحق صار معلوماً بعلم قيام مقتضيه وبينهما فرقان آخران .

أحدهما أن للمرأة من التبسط في ماله بحكم العادة ما يؤثر في اباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف بخلاف الاجنبي . الثاني : ان النفقة تراد لإحياء النفس وابقاء المهجة وهذا مما لا يصبر عنه ولا سبيل الى تركه فجاز أخذ ما تندفع به هذه الحاجة بخلاف الدين حتى نقول لو صارت النفقة ماضية لم يكن لها أخذها ولو وجب لها عليه دين آخر لم يكن لها أخذه فعلى هذا ان أخذ شيئا لزمه رده ان كان باقيا ، وان كان تالفا وجب مثله ان كان مثليا أو قيمته ان كان متقوما ، فإن كان من جنس دينه تقاصا وتساقطا في قياس المذهب ، وان كان من غير جنسه لزمه غرمه .

ومن جوز من أصحابنا الأخذ فإنه قال ان وجد من جنس حقه جاز له الاخذ منه بقدر حقه من غير زيادة وليس له الأخذ من غير جنس حقه مع قدرته على أخذه من جنسه ، وان لم يجد الا من غير جنس حقه فيحتمل أن لا يجوز له تملكه لانه لا يجوز ان يبيعه من نفسه ، وهذا يبيعه من نفسه وتلحقه فيه تهمة ، ويحتمل أن يجوز له ذلك ، كما قالوا : الرهن ينفق عليه إذا كان مركوبا أو محلوبا يركب ويحلب بقدر النفقة وهي من غير الجنس ، واختلف أصحاب الشافعي فمنهم من جوز له هذا ومنهم من قال يواطىء رجلا يدعى عليه عند الحاكم دينا فيقر له بملك الشيء الذي أخذه فيمتنع من عليه الدعوى من قضاء الدين ليبيع الحاكم الشيء المأخوذ ويدفعه اليه .

(فصـــل)

وإذا ادعى على إنسان حقا وأقام به شاهدين فلم يعرف الحاكم عدالتهما فسأل حبس غريمه حتى تثبت عدالة شهوده أجيب الى ذلك لأن الظاهر من المسلمين العدالة ، ولان الذي على الغريم قد أتى به وإنما بقي ما على الحاكم وهو الكشف عن عدالة الشهود ، وان أقام شاهداً واحداً وسأل حبس غريمه ليقيم شاهداً آخر وكان الحق مما لا يثبت الا بشاهدين لم يحبس المدعى عليه لأن البينه ماتمت والحبس عذاب فلا يتوجه عليه دون تمام البينة ، وان كان الحق مما يثبت بشاهد ويمين ففيه وجهان .

أحدهما : يحبس له لأن الشاهد الواحد حجة في المال وانما اليمين مقوية له .

والثاني . لا يحبس وهو الصحيح لانه ان حبس ليقيم شاهدا آخر يتم به البينه فهو كالحقوق التي لا تثبت الا بشاهدين ، وان حبس ليحلف معه فلا حاجة اليه فإن الحلف ممكن في الحال ، فإن حلف ثبت حقه والا لم يجب شيء ، ويحتمل أن يقال ان كان المدعى باذلا لليمين والتوقف لاجل اثبات عدالة الشاهد حبس لما ذكرنا في التي قبلها ؛ وان كان التوقف عن الحكم بغير ذلك لم يحبس لما ذكرناه

قال القاضي : وكل موضع حبس فيه بشاهدين استديم الحبس حتى تثبت عدالة الشهود أو فسقهم ، وكل موضع حبس فيه بشاهد واحد فإنه يقال للمشهود له ان جئت بشاهد آخر الى ثلاث والا أطلقناه .

(فصل) وان ادعى العبد أن سيده أعتقه وأقام شاهدين ولم يعدلا فسأل العبد الحاكم أن يحول بينه وبين سيده الى أن يبحث الحاكم عن عدالة الشهود فعلى الحاكم ذلك ويؤجره من ثقة وينفق عليه من كسبه ويحبس الباقي ، فإن عدل الشاهدان سلم اليه الباقي من كسبه وان فسقا رد الى سيده ، وانما حلنا بينهما لما ذكرناه فى الفصل الذى قبل هذا ، ولأننا لو لم نحل بينهما أفضى الى أن تكون أمة فيطأها ، وان أقام شاهدا واحدا وسأل أن يحال بينهما ففيه وجهان .

وان أقامت المرأة شاهدين يشهدان بطلاقها ولم تعرف عدالة الشهود حيل بينه وبينها ، وان أقامت شاهدا واحدا لم يحل بينهما لأن البينة لم تتم وهذا مما لا يثبت الا بشاهدين فلا يثبت بشاهد واحد والله أعلم .

كتاب العتق

العتق فى اللغة الخلوص ، ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير ، أى خالصتها ، وسمى البيت الحرام عتيقا لخلوصه من أيدى الجبابرة ، وهو فى الشرع تحرير الرقبة وتخليصها من الرق ، يقال عتق العبد وأعتقته أنا وهو عتيق ومعتق .

والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقول الله تعالى (فتحرير رقبة) وقال تعالى (فك رقبة) وأما السنة فما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل إرب منها اربا منه من النار حتى انه ليعتق اليد باليد ، والرجل بالرجل ، والفرج بالفرج » متفق عليه فى أخبار كثيرة سوى هذا ، وأجمعت الامة على صحة العتق وحصول القربة به .

(فصل) والعتق من أفضل القرب الى الله تعالى ، لان الله تعالى جعله كفارة للقتل والوطء فى رمضان والايمان ، وجعله النبي صلى الله عليه وسلم فكاكا لمعتقه من النار ، ولان فيه تخليصا للآدمى المعصوم من ضرر الرق وملك نفسه ومنافعه وتكميل أحكامه وتمكنه من التصرف فى نفسه ومنافعه على حسب ارادته واختياره ، واعتاق الرجل أفضل من اعتاق المرأة ، لما روى كعب بن مرة البهزي

قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « أيما رجل أعتق رجلا مسلماً كان فكاكه من النار يجزى بكل عظم من عظامه عظما من عظامه ، وأيما رجل مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار يجزىء بكل عظم من عظامهما عظما من عظامه ، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار تجزى بكل عظم من عظامها عظما من عظامها » .

والمستحب عتق من له دين وكسب ينتفع بالعتق ، فأما من يتضرر بالعتق كمن لا كسب له تسقط نفقته عن سيده فيضيع أو يصير كلا على الناس ويحتاج الى المسألة فلا يستحب عتقه ، وان كان ممن يخاف عليه المضى الى دار الحرب والرجوع عن دين الإسلام ، أو يخاف عليه الفساد كعبد يخاف أنه إذا أعتق واحتاج سرق وفسق وقطع الطريق ، أو جارية يخاف منها الزنا والفساد كره اعتاقه ، وان غلب على الظن افضاؤه الى هذا كان محرما ، لأن التوسل الى الحرام حرام ، وان أعتقه صح لأنه اعتاق صدر من أهله فى محله فصح كإعتاق غيره .

فصل

ويحصل العتق بالقول والملك والاستيلاد ، ونذكر ذلك فى مواضعه ان شاء الله تعالى ، ولا يحصل بالنية المجردة لانه ازالة ملك فلا يحصل بالنية المجردة كسائر الإزالة ، وألفاظه تنقسم الى صريح وكناية ، فالصريح لفظ الحرية والعتق وما تصرف منهما نحو أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق أو أعتقتك لأن هذين اللفظين وردا فى الكتاب والسنة ، وهما يستعملان فى العتق عرفا فكانا صريحين فيه ، فمتى أتى بشيء من هذه الألفاظ حصل به العتق ، وان لم ينو شيئا عتق أيضاً

قال أحمد فى رجل لقى امرأة فى الطريق فقال تنحى يا حرة فإذا هى جاريته قال قد عتقت عليه ، وقال فى رجل قال لخدم قيام فى وليمة مروا أنتم أحرار ، وكانت معهم أم ولد له لم يعلم بها ، قال هذا عندى تعتق أم ولده ، ويحتمل أن لا تعتق فى هذين الموضعين لانه قصد باللفظة الاولى غير العتق فلم تعتق بها ، كما لو قال عبدى حر ، يريد أنه عفيف كريم الاخلاق ، وباللفظة الثانية أراد غير أم ولده فأشبه ما لو نادى امرأة من نسائه فأجابته غيرها فقال أنت طالق ، يحسبها التى

ناداها فانها لا تطلق على رواية فكذا ههنا ، فأما ان قصد غير العتق كالرجل يقول عبد هذا حر ، يريد عفته وكرم أخلاقه أو يقول لعبده ما أنت الا حر ، أى انك لا تطيعنى ولا ترى لى عليك حقا ولا طاعة فلا يعتق فى ظاهر المذهب .

قال حنبل : سئل أبو عبد الله عن رجل قال لغلامه أنت حر وهو يعاتبه ؟ فقال إذا كان لا يريد به العتق يقول كأنك حر ولا يريد أن يكون حراً أو كلاما نحو هذا رجوت أن لا يعتق ، وأنا أهاب المسألة لأنه نوى بكلامه ما يحتمله فانصرف اليه ، كما لو نوى بكناية العتق العتق ، وبهذا قال الثورى وابن المنذر ، قال وان طاب استحلافه حلف وبيان احتمال اللفظ لما أراده أن المرأة الحرة تمدح بهذا ، فيقال امرأة حرة يعنون عفيفة ، وتمدح المملوكة به أيضا ، ويقال للحي الكريم الأخلاق حر ، قالت سبيعة ترثى عبد المطلب :

ولا تسأما أن تبكيا كل ليلة ويوم على حر كريم الشمائل

وأما الكناية فنحو قوله لا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك وأنت سائبة واذهب حيث شئت وقد خليتك ؛ فهذا ان نوى به العتق عتق لأنه يحتمله ، وان لم ينوه به لم يعتق لأنه يحتمل غيره ، ولم يرد به كتاب ولا سنة ولا عرف استعمال

وذكر القاضى وأبو الخطاب فى قوله لا سبيل لى عليك ولا سلطان لى عليك روايتين إحداهما : أنه صريح . والثانية : أنه كناية وهو الصحيح لما ذكرناه ، فأما ان قال لا رق لى عليك ولا ملك لى عليك وأنت لله ، فقال القاضى هو صريح نص عليه أحمد ، وذكر أبو الخطاب فيه روايتين ، ولا خلاف فى المذهب أنه يعتق به إذا نوى ، وممن قال يعتق بقوله أنت لله إذا نوى الشعبى والمسيب بن رافع وحماد والشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يعتق به لأن مقتضاه أنت عبد الله أو مخلوق لله ، وهذا لا يقتضى العتق .

ولنا أنه يحتمل أنه حر لله أو عتيق لله أو عبد لله وحده لست بعبد لى ولا لأحد سوى الله ، فإذا نوى الحرية به وقعت كسائر الكنايات ، وما ذكروه لا يصح لأن احتماله لما ذكروه لا يمنع احتماله لما ذكرناه ، بدليل سائر الكنايات فإنها تحتمل العتق وغيره ، ولو لم تحتمل الا العتق لكانت صريحة فيه ، وما يحتمل

أمرين انصرف الى أحدهما بالنية ، وهذا شأن الكنايات، وماذكروه من الاحتمال يدل على أن هذا ليس بصريح وإنما هو كناية .

وقوله لا ملك لى عليك ولا رق لى عليك خبر عن انتفاء ملكه ورقه لم يرد به شرع ولا عرف استعمال فى العتق فلم يكن صريحا فيه ، كقوله ما أنت عبدى ولا مملوكى ، وقوله لامرأته ما أنت امرأتى ولا زوجتى .

﴿ فصــــل ﴾

وان قال لأمته انت طالق ينوى العتق به ففيه روايتان ، إحداهما : لا تعتق به وهو قول ابى حنيفة ، لان الطلاق لفظ وضع لازالة الملك عن المنفعة فلم يزل به الملك عن الرقبة ، كفسخ الاجارة ، ولان ملك الرقبة لا يستدرك بالرجعة فلا ينحل بالطلاق كسائر الاملاك .

والرواية الثانية : هو كناية تعتق به الأمة إذا نوى العتق ، وهو قول مالك والشافعى ، لأن الرق احد الملكين على الآدمى فيزول بلفظ الطلاق كالآخر ، او فيكون اللفظ الموضوع لازالة احدهما كناية فى ازالة الاخر كالحرية فى ازالة النكاح ، ولان فيه معنى الاطلاق فإذا نوى به إطلاقها من ملكه فقد نوى بلفظه ما يحتمله فتحصل به الحرية كسائر كنايات العتق .

(فصل) فإن قال لأكبر منه : او لمن لا يولد لمثله هذا ابنى ، مثل ان يقول من له عشرون سنة لمن له خمس عشرة سنة هـــذا ابنى لم يعتق ولم يثبت نسبه ، وقال ابو حنيفة يعتق ؛ وخرجه ابو الخطاب وجهاً لنا لانه اعترف بما تثبت به حريته فأشبه مالو اقر بها .

ولنا انه قول يتحقق كذبه فيه ، فلم تثبت به الحرية ، كما لو قال لطفل هذا ابى او لطفلة هذه امى ، قال ابن المنذر : هذا من قول النعمان شاذ لم يسبقه احد اليه ولا تبعه احد عليه وهو محال من الكلام وكذب يقينا ، ولو جاز هذا لجاز ان يقول الرجل لطفل هذا ابى ، ولانه لو قال لزوجته وهى اسن منه هذه ابنتى او قال لها وهو اسن منها هذه امى لم تطلق ، كذا هذا .

(فصل) فإن قال لأمته انت حرام على ينوى به العتق عتقت ، وذكر ابو الخطاب ان فيها رواية اخرى لا تعتق كقوله لها انت طالق ، والصحيح انها

تعتق به ، لأنه يحتمل أنت حرام عليّ لكونك حرة فتعتق به ، كقوله لا سبيل لى عليك .

(فصل) ويصح العتق من كل من يجوز تصرفه فى المال ، وهو البالغ العاقل الرشيد ، سواء كان مسلما أو ذميا أو حربيا ، ولا نعلم فى هذا خلافا إلا عن أبى حنيفة ومن وافقه فى أن عتق الحربى لا يصح لأنه لا ملك له على التمام بدليل إباحة أخذ الجزية منه وانتفاء عصمته فى نفسه وماله .

ولنا أنه يصح طلاقه فصح إعتاقه كالذمى ، ولأنه مالك بالغ عاقل رشيد فصح اعتاقه كالذمى ، وقولهم لا ملك له لا يصح ، فإنهم قد قالوا انهم يملكون أموال المسلمين بالقهر فلأن يثبت الملك لهم فى غير ذلك أولى .

فصل

ولا يصح من غير جائز التصرف فلا يصح عتق الصبي والمجنون . قال ابن المنذر : هذا قول عامة أهل العلم ، وممن حفظنا عنه ذلك الحسن والشعبي والزهرى ومالك والشافعى وأصحاب الرأى ، وذلك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » ولأنه تبرع بالمال فلم يصح منهما كالهبة ، ولا يصح عتق السفيه المحجور عليه ، وهو قول القاسم بن محمد . وذكر أبو الخطاب فيه رواية أخرى أنه يصح عتقه قياسا على طلاقه وتدبيره .

ولنا أنه محجور عليه فى ماله لحظ نفسه فلم يصح عتقه كالصبي ، ولانه تصرف فى المال فى حياته فأشبه بيعه وهبته ، ويفارق الطلاق لان الحجر عليه فى ماله والطلاق ليس بتصرف فيه ، ويفارق التدبير لانه تصرف فيه بعد موته وغناه عنه بالموت ، ولهذا صحت وصيته ولم تصح هبته المنجزة ، وعتق السكران مبنى على طلاقه وفيه من الخلاف ما فيه ، ولا يصح عتق المكره كما لا يصح طلاقه ولا بيعه ولا شيء من تصرفاته .

(فصل) ولا يصح العتق من غير المالك ، فلو أعتق عبيد ولده الصغير أو يتيمه الذى فى حجره لم يصح ، وبهذا قال الشافعى وابن المنذر . وقال مالك يصح عتق عبد ولده الصغير لقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لابيك » ولان له

عليه ولاية وله فيه حق فصح إعتاقه كالله . ولنا أنه عتق من غير مالك فلم يصح كإعتاق عبد ولده الكبير . قال ابن المنذر: لما ورث الله الأب من مال ابنه السدس مع ولده دل على أنه لا حق له فى سائره .

وقوله صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » لم يرد به حقيقة الملك، وإنما أراد المبالغة فى وجوب حقه عليك وإمكان الأخذ من مالك وامتناع مطالبتك له بما أخذ منه ، ولهذا لا ينفذ إعتاقه لعبد ولده الكبير الذى ورد الخبر فيه وثبوت الولاية له على مال ولده أبلغ من امتناع إعتاق عبده ، ولأنه إنما أثبت الولاية عليه لحظ الصبي ليحفظ ماله عليه وينميه له ويقوم بمصالحه التى يعجز الصبي عن القيام بها ، وإذا كان مقصود الولاية الحفظ اقتضت منع التضييع والتفريط بإعتاق رقيقه والتبرع بماله ، ولو قال رجل لعبد آخر أنت حر من مالى فليس بشىء ، فإن اشتراه بعد ذلك فهو مملوكه ولا شىء عليه . وبهذا قال مالك والشافعى وعامة الفقهاء ولو بلغ رجلا أن رجلا قال لعبده أنت حر من مالى ، فقال قد رضيت فليس بشىء وبهذا قال الثورى وإسحاق .

« مسألة » قال أبو القاسم رحمه الله (وإذا كان العبد بين ثلاثة فأعتقوه معاً أو وكل نفسان الثالث أن يعتق حقوقهما مع حقه ففعل أو أعتق كل واحد منهم حقه وهو معسر فقد صار حراً وولاؤه بينهم أثلاثا)

وجملته أن العبد متى كان لثلاثة فأعتقوه معاً إما بأنفسهم بأن يتلفظوا بعتقه معا أو يعلقوا عتقه على صفة واحدة فتوجد ، أو يوكلوا واحداً فيعتقه أو يوكل نفسان منهم الثالث فيعتقه فإنه يصير حراً وولاؤه بينهم على قدر حقوقهم فيه ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال « إنما الولاء لمن أعتق » وكل واحد منهم قد أعتق حقه فيثبت له الولاء عليه ، وهذا لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا ، فأما إن أعتقه سادته الثلاثة واحداً بعد واحد وهم معسرون، أو كان المعتقان الأولان معسرين والثالث موسراً فالصحيح فيه أنه يعتق على كل واحد منهم حقه وله ولاؤه، وهذا قول أكثر أهل العلم . وحكي ابن المنذر فيما إذا أعتق المعسر نصيبه قولين شاذين

احدهما أنه باطل لأنه لا يمكن أن يعتق نصفه منفرداً إذ لا يمكن أن يكون إنسان نصفه حر ونصفه عبد كما لا يمكن أن يكون نصف المرأة طالقا ونصفها زوجة ولا سبيل الى اعتاق جميعه فبطل كله .

والثاني : يعتق كله وتكون قيمة نصيب الذى لم يعتق فى ذمة المعتق يتبع بها إذا أيسر كما لو أتلفه ، وهذان القولان شاذان لم يقلهما من يحتج بقوله ولا يعتمد على مذهبه ويردهما قول النبي صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له فى عبد فكان معه ما يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد والا فقد عتق منه ما عتق » متفق عليه

واذا ثبت أنه لا يعتق على المعسر الا نصيبه فباقى العبد على الرق ، واذا أعتقه مالكه عتق بإعتاقه وكان لكل واحد منهم ولاء ما أعتق لأن الولاء لمن أعتق ، ويفارق العتق الطلاق لكون المرأة لا يمكن الاشتراك فيها ولا ورود النكاح على بعضها ولا تكون الا لواحد ، فنظيره اذا كان العبد لواحد فأعتق جزءاً منه فإنه يعتق جميعه .

(فصـــل) واذا قال كل واحد من الشركاء للعبد اذا دخلت الدار فنصيبي منك حر فدخل عتق عليهم جميعا ، سواء قالوا ذلك دفعة واحدة أو فى دفعات متفرقة لأن العتق فى أنصبائهم يقع دفعة واحدة وان اختلفت أوقات تعليقه

« مسألة » قال (ولو أعتقه أحدهم وهو موسر عتق كله وصار لصاحبه عليه قيمة ثلثيه)

وجملته أن الشريك اذا أعتق نصيبه من العبد وهو موسر عتق نصيبه ، لا نعلم خلافا فيه لما فيه من الاثر ، ولأنه جائز التصرف أعتق ملكه الذى لم يتعلق به حق غيره فنفذ فيه ، كما لو أعتق جميع العبد المملوك له ، واذا أعتق نصيبه سرى العتق الى جميعه فصـــار جميعه حراً ، وعلى المعتق قيمة أنصباء شركائه والولاء له ، وهذا قول مالك وابن أبي ليلى وابن شبرمة والثورى والشافعى وأبي يوسف ومحمد واسحاق .

وقال البتي : لا يعتق الا حصة المعتق ونصيب الباقين باق على الرق ولا شيء

على المعتق لما روى ابن التلب عن أبيه « أن رجلا أعتق شقصا له فى مملوك فلم يضمنه النبي صلى الله عليه وسلم» ذكره احمد ورواه ، ولأنه لو باع نصيبه لاختص البيع به فكذلك العتق ، الا ان تكون جارية نفيسه يغالى فيها فيكون دلك بمنزلة الجناية من المعتق للضرر الذى أدخله على شريكه .

وقال أبو حنيفه : لا يعتق الا حصة المعتق ولشريكه الخيار فى ثلاثة أشياء : إن شاء أعتق وإن شاء استسعى العبد وإن شاء ضمن شريكه فيعتق حينئذ .

ولنا الحديث الذى رويناه ، وهو حديث صحيح متفق عليه ، ورواه مالك فى موطئه عن نافع عن ابن عمر ، فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم العتق فى جميعه ، وأوجب قيمة نصيب شريك المعتق الموسر عليه ولم يجعل له خيرة ولا لغيره

وروى قتادة عن ابى المليح عن أبيه « أن رجلا من قومه أعتق شقصا له من مملوك ، فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل خلاصه عليه فى ماله وقال : ليس لله شريك »

قال أبو عبد الله : الصحيح أنه عن ابى المليح عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسل وليس فيه عن أبيه ، هذا معنى كلامه ، وقول البتى شاذ يخالف الأخبار كلها فلا يعول عليه ، وحديث التلب يتعين حمله على المعسر جمعا بين الاحاديث وقياس العتق على البيع لا يصح فإن البيع لا يسرى فيما إذا كان العبد كله له والعتق يسرى فإنه لو باع نصف عبده لم يسر ولو أعتق نصفه عتق كله .

وإذا ثبت هذا فإن ولاؤه يكون له ، لأنه عتق بإعتاقه من ماله . وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « انما الولاء لمن أعتق » ولا خلاف فى هذا عند من يرى عتقه عليه .

(فصل) ولا فرق فى هذا بين كون الشركاء مسلمين أو كافرين أو بعضهم مسلما وبعضهم كافرا ، ذكره القاضى وهو قول الشافعى

وقال أبو الخطاب فى الكافر وجه أنه اذا أعتق نصيبه من مسلم أنه لا يسرى الى باقيه ولا يقوم عليه لأنه لا يصح شراء الكافر عبداً مسلما .

ولنا عموم الخبر ولأن ذلك ثبت لازالة الضرر فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب والغرض ههنا تكميل العتق ودفع الضرر عن الشريك دون التمليك

بخلاف الشراء ، ولو قدر أن ههنا تمليكا لكان تقديراً فى أدنى زمان حصل ضرورة تحصيل العتق ولا ضرر فيه ، فإن قدر فيه ضرر فهو مغمور بالنسبة الى مايحصل من العتق فوجوده كالعدم ، وقياس هذا على الشراء غير صحيح لما بينهما من الفرق والله تعالى أعلم .

« مسألة » قال (فإن أعتقاه بعد عتق الاول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق لأنه قد صار حراً بعتق الاول له)

يعنى أن العتق يسرى الى جميعه باللفظ لا بدفع القيمه فيعتق كله حين لفظه بالعتق ويصير حراً وتستقر القيمة عليه فلا يعتق بعد ذلك بعتق غيره ، وبهذا قال ابن شبرمة وابن أبي ليلى والثورى وأبو يوسف ومحمد واسحاق وابن المنذر والشافعي فى قول له ، واختاره المزنى ؛ وقال الزهرى وعمرو بن دينار ومالك والشافعي فى قول له : لا يعتق الا بدفع القيمة ويكون قبل ذلك ملكا لصاحبه ينفذ عتقه فيه ولا ينفذ تصرفه فيه بغير العتق ، وهذا مقتضى قول ابي حنيفة ، واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « قوم عليه قيمة العدل فأعطى شركاؤه حصصهم وعتق جميع العبد »

وفى لفظ رواه أبو داود « فإن كان موسراً يقوم عليه قيمة عدل لا وكس ولا شطط ثم يعتق » فجعله عتيقا بعد دفع القيمة ، ولأن العتق اذا ثبت بعوض ورد الشرع به مطلقا لم يعتق الا بأداء كالمكاتب ، وللشافعي قول ثالث أن العتق مراعى ، فإن دفع القيمة تبينا انه كان عتق من حين أعتق نصيبه ، وان لم يدفع القيمة تبينا انه لم يكن عتق لأن فيه احتياطا لهما جميعا .

ولنا حديث ابن عمر روى بألفاظ مختلفة تجتمع فى الدلالة على الحرية باللفظ فمنها لفظ رواه ايوب عن نافع عن ابن عمر « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: من أعتق شركا له فى عبد فكان له ما يبلغ ثمنه بقيمة العدل فهو عتيق » رواه البخارى وابو داود والنسائى ، وفى لفظ رواه ابن ابى مليكة عن نافع عن ابن عمر « فكان له مال فقد عتق كله » وفى رواية ابن ابى ذئب عن نافع عن ابن عمر « وكان للذى يعتق ما يبلغ ثمنه فهو يعتق كله »

وروى أبو داود بإسناده عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصا فى مملوك فهو حر من ماله » وهذه نصوص فى محل النزاع فإنه جعله حراً وعتيقاً بإعتاقه مشروطا بكونه موسراً ، ولأنه عتق بالسرايه فكانت حاصلة عقيب لفظه ، كما لو أعتق حراً من عبيده ، ولأن القيمة معتبرة وقت الاعتاق ولا ينفذ تصرف الشريك فيه بغير الاعتاق ، وعندالشافعى لا ينفذ بالاعتاق أيضا فدل على أن العتق حصل فيه بالاعتاق الأول ، فأما حديثهم فلا حجة لهم فيه فإن الواو لا تقتضى ترتيبا ، وأما العطف بثم فى اللفظ الآخر فلم يرد بها الترتيب ، فإنها قد ترد لغير الترتيب كقوله تعالى (ثم الله شهيد على ما يفعلون) وأما العوض فإنما وجب عن المتلف بالاعتاق بدليل اعتباره بقيمته حين الاعتاق وعدم اعتبار التراضى فيه ووجوب القيمة من غير وكس ولا شطط بخلاف الكتابة .

فإذا ثبت هذا فإن الشريكين إذا أعتقاه بعد عتق الأول وقبل أخذ القيمة لم يثبت لهما فيه عتق ولا لهما عليه ولاء وولاؤه كله المعتق الأول وعليه القيمة لأنه قد صار حراً باعتاقه ، وعند مالك يكون ولاؤه بينهم أثلاثا ولا شيء على المعتق الأول من القيمة ، ولو أن المعتق الاول لم يؤد القيمة حتى أفلس عتق العبد وكانت القيمة فى ذمته دينا يزاحم بها الشريكان عندنا ، وعند مالك لا يعتق منه إلا ماعتق ولو كان المعتق جارية حاملا فلم تؤد القيمة حتى وضعت حملها فليس على المعتق الا قيمتها حين أعتقها لأنه حينئذ حررها ، وعند مالك يقوم ولدها أيضا ، ولو تلف العبد قبل أداء القيمة مات حراً والقيمة على المعتق لأنه فوت عليه رقه ، وعند مالك لا شيء على المعتق مالم يقوم ويحكم بقيمته فهو فى جميع أحكامه عبد .

(فصل) والقيمة معتبرة حين اللفظ بالعتق لانه حين الاتلاف ، وهو أحد أقوال الشافعى ، وللشريك مطالبة المعتق بالقيمة على الاقوال كلها فان اختلفا فى قدرها رجع الى قول المقومين ، فان كان العبد قد مات أو غاب أو تأخر تقويمه زمنا تختلف فيه القيم ولم تكن بينة فالقول قول المعتق لانه ينكر الزيادة والاصل براءة ذمته منها ، وهذا أحد قولى الشافعى ، وان اختلف فى صناعة فى العبد توجب

زيادة القيمة فالقول قول المعتق لذلك إلا أن يكون العبد يحسن الصناعة فى الحال ولم يمض زمن يمكن تعلمها فيه فالقول قول الشريك لاننا علمنا صدقه ، وان مضى زمن يمكن حدوثها فيه ففيه وجهان .

أحدهما : القول قول المعتق ؛ لأن الاصل براءة ذمته .

والثانى . القول قول الشريك لان الاصل بقاء ما كان وعدم الحدوث ، وان اختلفا فى عيب ينقص القيمة كسرقة أو اباق فالقول قول الشريك لان الاصل السلامة فبالجهة التى رجحنا قول المعتق فى نفى الصناعة يرجح قول الشريك فى نفى العيب ، وان كان العيب فيه حال الاختلاف واختلفا فى حدوثه فالقول قول المعتق لأن الأصل براءة ذمته وبقاء ما كان على ما كان وعدم حدوث العيب فيه ، ويحتمل أن يكون القول قول الشريك لان الاصل براءته من العيب حين الاعتاق

(فصــــل)

والمعتبر فى اليسار فى هذا أن يكون له فضل عن قوته يومه وليلته وما يحتاج اليه من حوائجه الأصلية من الكسوة والمسكن وسائر ما لا بد له منه يدفعه الى شريكه ، ذكره أبو بكر فى التنبيه ، وان وجد بعض ما يفى بالقيمة قوم عليه قدر ما يملكه منه ، ذكره أحمد فى رواية ابن منصور وهو قول مالك .

وقال أحمد : لا تباع فيه دار ولا رباع ومقتضى هذا أن لا يباع له أصل مال وقال مالك والشافعى يباع عليه سوار بيته وماله بال من كسوته ويقضى عليه فى ذلك ما يقضى عليه فى سائر الدعاوى ، والمعتبر فى ذلك حال تلفظه بالعتق لانه حال الوجوب ؛ فان أيسر المعسر بعد ذلك لم يسر اعتاقه وان أعسر الموسر لم يسقط ما وجب عليه لانه وجب عليه فلم يسقط بإعساره كدين الاتلاف ، نص على هذا أحمد .

(فصل) اذا قال أحد الشريكين لشريكه اذا أعتقت نصيبك فنصيبى حر مع نصيبك فأعتق نصيبه عتقا معا ولم يلزم المعتق شيء ، وقيل . يعتق كله على المعتق لأن اعتاق نصيبه شرط عتق نصيب شريكه فيلزم أن يكون سابقا عليه والأول أولى لأنه أمكن العمل بمقتضى شرطه فوجب حمله عليه ، كما لو وكله فى اعتاق

نصيبه مع نصيبه فأعتقهما معا ، وان قال إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر فقال أصحابنا إذا أعتق نصيبه سرى وعتق عليه كله وقوم عليه ولا يقع إعتاق شريكه لأن السراية سبقت فمنعت عتق الشريك ، ويحتمل أن يعتق عليهما جميعاً لأن عتق نصيبه سبب للسراية وشرط لعتق نصيب الشريك فلم يسبق أحدهما الاخر لوجودهما فى حال واحد ، وقد يرجح وقوع عتق الشريك لانه تصرف منه فى ملكه والسراية تقع فى غير الملك على خــلاف الاصل فكان نفوذ عتق الشريك أولى ، ولان سراية العتق على خلاف الاصل لكونها إتلافا للملك المعصوم بغير رضاه وإلزاما للمعتق غرامة لم يلتزمها بغير اختياره ، وانما يثبت لمصلحة تكميل العتق فإذا حصلت هذه المصلحة بإعتاق المالك كان أولى .

وان قال إذا أعتقت نصيبك فنصيبي حر قبل إعتاقك نصيبك وقعا معا إذا أعتق نصيبه ، وهذا مقتضى قول أبى بكر والقاضى ، ومقتضى قول ابن عقيل أن يعتق كله على المعتق ولا يقع اعتاق شريكه لانه أعتق فى زمن ماضى ، ومقتضى قول ابن سريج ومن وافقه ممن قال بسراية العتق أن لا يصح اعتاقه لانه يلزم من عتقه نصيبه تقدم عتق الشريك وسرايته فيمتنع اعتاق نصيب هذا ويمتنع عتق نصيب الشريك ويفضى الى الدور فيمتنع الجميع ، وقد مضى الكلام فى هذا فى مسائل الطلاق والله تعالى أعلم .

« مسألة » قال (وان أعتقه الأول وهو معسر ، وأعتقه الثانى وهو موسر عتق عليه نصيبه ونصيب شريكه وكان ثلث ولائه للمعتق الأول وثلثاه للمعتق الثانى)

ظاهر المذهب أن المعسر اذا أعتق نصيبه من العبد استقر فيه العتق ولم يسر الى نصيب شريكه بل يبقى على الرق ، فإذا اعتق الثانى نصيبه وهو موسر عتق عليه جميع ما بقى منه نصيبه بالمباشرة ونصيب شريكه الثالث بالسراية وصار له ثلثا ولائه وللأول ثلثه ، وهذا قول اسحاق وأبى عبيد وابن المنذر وداود وابن جرير وهو قول مالك والشافعى على الوجه الذى بيناه من قولهما فيما مضى .

وروى عن عروة أنه اشترى عبداً أعتق نصفه وكان عروة يشاهره شهر عبد

وشهر حر ، وروى عن أحمد أن المعسر اذا أعتق نصيبه أستسعى العبد فى قيمة حصة الباقين حتى يؤديها فيعتق ، وهو قول ابن شبرمه وابن أبى ليلى والأوزاعى وأبى يوسف ومحمد لما روى أبو هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصا له فى مملوك فعليه أن يعتقه كله ان كان له مال والا استسعى العبد غير مشقوق عليه » متفق عليه ورواه أبو داود .

وقال ابن أبى ليلى وابن شبرمة : فإذا استسعى فى نصف قيمته ثم أيسر معتقه رجع عليه بنصف القيمة لأنه هو ألجأه الى هذا وكلفه إياه .

وعن أبى يوسف ومحمد أنهما قالا : يعتق جميعه وتكون قيمة نصيب الشريك فى ذمته لأن العتق لا يتبعض ، فإذا وجد فى البعض سرى الى جميعه كالطلاق ، ويلزم المعتق القيمة لأنه المتلف لنصيب صاحبه بإعتاقه فوجبت قيمته فى ذمته كما لو أتلفه بقتله .

وقال أبو حنفية : لا يسرى العتق وانما يستحق به اعتاق النصيب الباقى فيتخير شريكه بين اعتاق نصيبه ويكون الولاء بينهما وبين أن يستسعى العبد فى قيمة نصيبه فاذا أداه اليه عتق الولاء بينهما .

ولنا حديث ابن عمر وهو حديث صحيح ثابت عند جميع العلماء بالحديث ولان الاستسعاء إعتاق بعوض فلم يجبر عليه كالكتابة ولأن فى الاستسعاء إضرارا بالشريك والعبد .

أما الشريك فانا نحيله على سعاية لعله لا يحصل منها شىء أصلا وان حصل فربما يكون يسيرا متفرقا ويفوت عليه ملكه ،

وأما العبد : فانا نجبره على سعاية لم يردها وكسب لم يختره ، وهذا ضرر فى حقهما ، وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » .

وقال سليمان بن حرب أليس انما ألزم المعتق ثمن ما بقى من العبد لئلا يدخل على شريكه ضرر ؟ فاذا أمره بالسعى وإعطائه كل شهر درهمين ولم يقدر على تملكه فأى ضرر أعظم من هذا ؟

فأما حديث الاستسعاء فقال الاثرم ذكره سليمان بن حرب فطعن فيه وضعفه

وقال أبو عبد الله : ليس فى الاستسعاء ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم وحديث أبي هريرة يرويه ابن أبي عروة ، وأما شعبة وهشام الدستوائي فلم يذكراه ، وحدث به معمر ولم يذكر فيه السعاية .

قال أبو داود وهمام أيضا لا يقوله قال المروذى : وضعف أبو عبد الله حديث سعيد ، قال ابن المنذر لا يصح حديث الاستسعاء ، وذكر همام أن ذكر الاستسعاء من فتيا قتادة ، وفرق بين الكلام الذى هو من قول رسول الله (ص) وقول قتادة قال بعد ذلك فكان قتادة يقول : ان لم يكن له مال استسعى .

قال ابن عبد البر : حديث أبي هريرة يدور على قتادة ، وقد اتفق شعبة وهشام وهمام على ترك ذكره وهم الحجة فى قتادة ، فالقول قولهم فيه عند جميع أهل العلم بالحديث اذا خالفهم غيرهم .

فأما قول أبي حنيفة ، وقول صاحبيه الأخير : فلا شيء معهم يحتجون به من حديث قوى ولا ضعيف بل هو مجرد رأى وتحكم يخالف الحديثين جميعا ، قال ابن عبد البر : لم يقل أبو حنيفة وزفر بحديث ابن عمر ولا حديث أبي هريرة على وجهه ، وكل قول يخالف السنة فمردود على قائله والله المستعان .

فصل

إذا قلنا بالسعاية احتمل ألا يعتق كله ، وتكون القيمة فى ذمة العبد دينا يستسعى فى أدائها وتكون أحكامه أحكام الأحرار ، فان مات وفى يده مال كان لسيده بقية السعاية وباقى ماله موروث ولا يرجع العبد على أحد ، وهذا قول أبي يوسف ومحمد ، ويحتمل أن لا يعتق حتى يؤدى السعاية فيكون حكمه قبل أدائها حكم من بعضه رقيق اذا مات فللشريك الذى لم يعتق من ماله مثل ما يكون له على قول من لم يقل بالسعاية لأنه إعتاق بأداء مال فلم يعتق قبل أدائه كالمكاتب وقال ابن أبي ليلى وابن شبرمة : يرجع العبد على المعتق اذا أيسر لأنه كلفه السعاية بإعتاقه . ولنا أنه حق لزم العبد فى مقابلة حريته فلم يرجع به على أحد كمال الكتابة ولأنه لو رجع به على السيد لكان هو الساعى فى العوض كسائر الحقوق الواجبة عليه .

« مسألة » قال (ولو كان المعتق الثانى معسراً عتق نصيبه منه وكان ثلثه رقيقا لمن لم يعتق ، فإن مات وفى يده مال كان ثلثه لمن لم يعتق وثلثاه للمعتق الاول والمعتق الثانى بالولاء إذا لم يكن له وارث أحق منهما)

إنما كان كذلك لان المعسر لا يعتق الا نصيبه ، والاول والثانى معسران فلم يعتق على كل واحد الا نصيبه ونصيبهما الثلثان وبقى ثلثه رقيقا للثالث . فإذا خلف العبد مالا فثلثه للذى لم يعتق لانه مالك لثلثه ، وثلثاه ميراث لانه ملكهما بجزئه الحر ، فإن كان له وارث نسيب يرث ماله كله أخذه لانه أحق من المعتق ، وان لم يكن له وارث نسيب فهو للمعتقين بالولاء ، وان كان له ذو فرض يرث البعض أخذ فرضه منه وباقيه المعتقين ، وهذا القول فيما اذا لم يكن مالك ثلثه قاسم العبد فى حياته كسبه ولم يهايئه .

فأما ان قاسمه أو هايأه فلا حق له فى تركته لانها حصلت بالجزء الحر فتكون جميعها ميراثا لورثته دون مالك ثلثه اذ لا حق له فى الجزء الحر فلا يكون له حق فيما كسبه به ولا فيما ملكه به .

(فصل) ومن قال بالسعاية فإنه يستسعى حين أعتقه الاول ، فإذا أعتق الثانى نصيبه انبنى ذلك على القول فى حريته هل حصلت بإعتاق الاول أو لا ؟ فمن جعله حراً لم يصحح عتق الثانى لانه عتق باعتاق الاول ومن لم يجعله حراً صحح عتق الثانى لانه أعتق جزءاً مملوكا له من عبد ، واذا مات قبل أداء سعايته فقد مات وثلثه رقيق فيكون حكمه فى الميراث حكم ما ذكرنا فى القول الآخر

(فصـــل)

واذا حكمنا بعتق بعضه ورق باقيه فان نفقته فى حياته وفطرته واكسابه بينه وبين سيده على قدر ما فيه من الحرية والرق ، وان تراضيا على المهـــايأة بينهما كانت نفقة العبد وكسبه فى أيامه له وعليه ، وفى أيام سيده يكون كسبه لسيده ونفقته عليه ؛ فأما الاكساب النادرة كاللقطة والهبة والوصية ، فذكر القاضى أنها تدخل فى المهايأة لانها من اكسابه فأشبهت المعتادة . وذكر غيره من أصحابنا وجها آخر أنها لا تدخل فى المهايأة وتكون بينهما على كل حال ، لأن المهايأة معاوضة

فكأنه تعاوض عن نصيبه من كسبه فى يوم سيـــده بنصيب سيده فى يومه فلا تتناول المعاوضة المجهول ومالا يغلب على الظن وجوده ، فأما الميراث فلا يدخل فى المهاياة ولا يستحق سيده منه شيئا ، لأنه إنما يرث بجزئه الحر ويملك هذا العبد بجزئه الحر جميع أنواع الملك ، ويرث ويورث بقدر ما فيه من الحرية ، وقد مضى ذكر ذلك .

(فصل) ومن أعتق عبده وهو صحيح جائز التصرف صح عتقه بإجماع أهل العلم ، وإن أعتق بعضه عتق كله فى قول جمهور العلماء ، وروى ذلك عن عمر وابنه رضى الله عنهما ، وبه قال الحسن والحكم والأوزاعى والثورى والشافعى ، قال ابن عبد البر : عامة العلماء بالحجاز والعراق ، قالوا يعتق كله إذا أعتق نصفه . وقال طاوس يعتق فى عتقه ويرق فى رقه . وقال حماد وأبو حنيفة : يعتق منه ما أعتق ويسعى فى باقيه ، وخالف أبا حنيفة أصحابه فلم يروا عليه سعاية .

وروى عن مالك فى رجل أعتق نصف عبد ثم غفل عنه حتى مات ، فقال : أرى نصفه حراً ونصفه رقيقا لانه تصرف فى بعضه فلم يسر الى باقيه كالبيع .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له فى عبد فكان معه ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وعتق عليه جميع العبد » وإذا أعتق عليه نصيب شريكه كان بينهما على عتق جميعه اذا كان كله ملكا له ، وقال النبى صلى الله عليه وسلم « من أعتق شقصا له فى مملوك فهو حر من ماله » ولأنه ازالة ملك لبعض مملوكه الآدمى فزال عن جميعه كالطلاق ، ويفارق البيع فانه لا يحتاج الى السعاية ولا ينبنى على التغليب والسراية .

إذا ثبت هـــذا فلا فرق بين أن يعتق جزءاً كبيرا كنصفه وثلثه أو صغيرا كعشره وعشر عشره ، ولا نعلم فى هـذا خلافا بين القائلين بسراية العتق اذا كان مشاعا ، وان أعتق جزءاً معينا كرأسه أو يده أو أصبعه عتق كله أيضا، وبهذا قال قتادة والشافعى وإسحاق . وقال أصحاب الرأى: ان أعتق رأسه أو ظهره أو بطنه أو جسده أو نفسه أو فرجه عتق كله لأن حياته لا تبقى بدون ذلك ، وان أعتق يده أو عضوا تبقى حياته بدونه لم يعتق لأنه يمكن إزالة ذلك مع بقائه فلم يعتق بإعتاقه كشعره أو سنه .

ولنا أنه أعتق عضوا من أعضائه فيعتق جميعه كرأسه ، فأما إذا أعتق شعره أو سنه أو ظفره لم يعتق . وقال قتادة والليث فى الرجل يعتق ظفر عبده يعتق كله لأنه جزء من أجزائه أشبه أصبعه .

ولنا أن هذه الأشياء تزول ويخرج غيرها فأشبهت الشعر والريق ، وقد ذكر ذلك فى الطلاق ، وما ذكر فى الطلاق فالعتاق مثله والله أعلم

« مسألة » قال (واذا كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه ، فإن كانا معسرين لم يقبل قول كل واحد منهما على شريكه ، فإن كانا عدلين كان للعبد أن يحلف مع كل واحد منهما ويصير حراً أو يحلف مع أحدهما ويصير نصفه حراً)

أما إذا كان الشريكان معسرين فليس فى دعوى أحدهما على صاحبه إعتاق نصيبه اعتراف بحرية نصيبه ولا ادعاء لاستحقاق قيمته على المعتق لكون عتق المعسر يقف على نصيبه ولا يسرى الى غيره فلم يكن فى دعواه أكثر من انه شاهد على صاحبه بإعتاق نصيبه ، فان لم يكونا عدلين فلا أثر لكلامهما فى الحال ولا عبرة بقولهما ، لان غير العدل لا تقبل شهادته ، وإن كانا عدلين فشهادتهما مقبولة ؛ لان كل واحد منهما لا يجر الى نفسه بشهادته نفعا ولا يدفع بها ضررا ، وقد حصل للعبد بحرية كل نصف منه شاهد عدل ، فان حلف معهما عتق كله وان حلف مع أحدهما صار نصفه حرا على الرواية التى تقول ان العتق يحصل بشاهد ويمين وإن لم يحلف مع واحد منهما لم يعتق منه شىء لان العتق لا يحصل بشاهد من غير يمين بلا خلاف نعلمه ، وان كان أحدهما عدلا دون الآخر ، فله أن يحلف مع شهادة العدل ويصير نصفه حرا ويبقى نصفه الآخر رقيقا .

﴿ فصل ﴾

ومن قال بالاستسعاء فقد اعترف بأن نصيبه قد خرج عن يده فيخرج العبد كله ويستسعى فى قيمته لاعتراف كل واحد منهما بذلك فى نصيبه .

(فصل) وان اشترى أحدهما نصيب صاحبه عتق عليه ولم يسر الى النصف الذى كان له لان عتقه حصل باعترافه بحريته بإعتاق شريكه ولا يثبت له عليه

ولاء لأنه لا يدعى إعتاقه بل يعترف بأن المعتق غيره ، وإنما هو مخلص له ممن يسترقه ظلما فهو كتخلص الاسير من أيدى الكفار .

وقال أبو الخطاب يسرى لانه شراء حصل به الاعتاق فأشبه شراء بعض ولده وإن أكذب نفسه فى شهادته على شريكه ليسترق ما اشتراه لم يقبل منه لانه رجوع عن الإقرار بالحرية فلم يقبل كما لو أقر بحرية عبده ثم أكذب نفسه ، وهل يثبت له الولاء عليه ان أعتقه ؟ يحتمل أن لا يثبت لما ذكرنا ، ويحتمل أن يثبت لأننا نعلم أن على العبد ولاء ولا يدعيه أحد سواه ولا ينازعه فيه فوجب أن يقبل قوله فيه ، وان اشترى كل واحد منهما نصيب صاحبه صار العبد كله حرا لا ولاء عليه لواحد منهما ، فإن أعتق كل واحد منهما ما اشتراه ثم أكذب نفسه فى شهادته فهل يثبت له الولاء على من أعتقه ؟ على وجهين ، وان أقر كل واحد منهما بأنه كان أعتق نصيبه وصدق الآخر فىشهادته بطل البيعان ويثبت لكل واحد منهما الولاء على نصفه لان أحدا لا ينازعه فيه ، وكل واحد منهما يصدق الآخر فى استحقاق الولاء ، ويحتمل أن يثبت الولاء لهما وان لم يكذب واحد منهمانفسه لاننا نعلم أن الولاء عليه ثابت لهما ولا يخرج عنهما وأنه بينهما اما بالعتق الاول واما بالثانى لانهما ان كانا صادقين فى شهادتهما فقد ثبت الولاء لكل واحد منهما على النصف الذى أعتقه أولا ، وان كانا كاذبين فقد أعتق كل واحد منهما نصفه بعد أن اشتراه وان كان أحدهما صادقا والآخر كاذبا فلا ولاء للصادق منهما لانه لم يعتق النصف الذى كان له أولا ولا صح عتقه فى الذى اشتراه لانه كان حرا قبل شرائه والولاء كله للكاذب لانه أعتق النصف الذى كان له ثم اشترى النصف الذى لشريكه فأعتقه وكل واحد منهما يساوى صاحبه فى الاحتمال فيقسم بينهما

(فصـــل)

وكل من شهد على سيد عبد بعتق عبده ثم اشتراه عتق عليه . وان شهد اثنان عليه بذلك فردت شهادتهما ثم اشترياه أو أحدهما عتق ، وبهذا قال الاوزاعى ومالك والشافعى وابن المنذر ، وهو قياس قول ابى حنيفه . ولا يثبت للمشترى ولاء على العبد لأنه لا يدعيه ولا للبائع لانه ينكر عتقه ، ولو كان العبد بين شريكين فادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق حقه منه وكانا موسرين فعتق

عليهما أو كانا معسرين عدلين لحلف العبد مع كل واحد وعتق ، أو شهد مع كل واحد منهما عدل آخر وعتق العبد أو ادعى عبد ان سيده أعتقه فأنكر وقامت البينة بعتقه عتق ولا ولاء على العبد فى هذه المواضع كلها لأن أحدا لا يدعيه ولا يثبت لأحد حق ينكره ، فإن عاد من ثبت إعتاقه فاعترف به ثبت له الولاء لأنه لامستحق له سواه ، وإنما لم يثبت له لإنكاره له ، فإذا اعترف زال الانكار وثبت له .

وأما الموسران إذا أعتق عليهما فان صدق أحدهما صاحبه فى أنه أعتق نصيبه وحده أو انه سبق بالعتق فالولاء له وعليه غرامة نصيب الاخر ، فان اتفقا على أن كل واحد منهما اعتق نصيبه دفعة واحدة فالولاء بينهما ، وان ادعى كل واحد منهما انه المعتق وحده او انه السابق بالعتق تحالفا وكان الولاء بينهما نصفين .

« مسألة » قال (وان كان الشريكان موسرين فقد صار العبد حرا باعتراف كل واحد منهما بحريته وصار مدعيا على شريكه نصف قيمته ، فان لم تكن بينة فيمين كل واحد منهما لشريكه)

وجملة ذلك أن الشريكين الموسرين اذا ادعى كل واحد منهما أن شريكه أعتق نصيبه فكل واحد منهما معترف بحرية نصيبه شاهد على شريكه بحرية نصفه الآخر لأنه يقول لشريكه أعتقت نصيبك فسرى العتق الى نصيبي فعتق كله عليك ولزمك لى قيمة نصيبي فصار العبد حرا لاعترافهما بحريته وبقى كل واحد منهما يدعى قيمة حصته على شريكه ، فان كان لأحدهما بينة حكم له بها ، وان لم تكن بينة حلف كل واحد منهما لصاحبه وبرئا فان نكل أحدهما قضى عليه ، وان نكلا جميعا تساقط حقاهما لتماثلهما ، ولا فرق فى هذه الحال بين العدلين والفاسقين والمسلمين والكافرين لتساوى العدل ، والفاسق والمسلم والكافر فى الاعتراف والدعوى بخلاف التى قبلها .

(فصل) وان كان أحد الشريكين موسرا والاخر معسرا عتق نصيب المعسر وحده لاعترافه بأن نصيبه قد صار حراً باعتاق شريكه الموسر الذى يسرى

عتقه ولم يعتق نصيب الموسر لأنه يدعي أن المعسر الذى لا يسرى عتقه أعتق نصيبه خاصة فعتق وحده ، لا تقبل شهادة المعسر عليه لأنه يجر بشهادته الى نفسه نفعا لكونه يوجب عليه بشهادته نصف قيمته ، فعلى هذا ان لم تكن للعبد بينة سواه حلف الموسر وبرىء من القيمة والعتق جميعاً ، ولا ولاء للمعسر فى نصيبه لأنه لا يدعيه ولا للموسر لذلك أيضاً ، وان عاد المعسر فأعتقه وادعاه ثبت له ، وان أقر الموسر بإعتاق نصيبه وصدق المعسر عتق نصيبه أيضا وعليه غرامة نصيب المعسر وثبت له الولاء ، وان كان للعبد بينة أجنبية تشهد بإعتاق الموسر وكانت عدلين ثبت العتق ووجبت القيمة للمعسر عليه ، وان كانت رجلا واحداً حلف العبد معه ويثبت العتق فى إحدى الروايتين ، والأخرى لا يثبت العتق وللمعسر أن يحلف معه ويستحق قيمة نصيبه ، سواء حلف العبد أو لم يحلف لأن الذى يدعيه مال يقبل فيه شاهد ويمين .

فصل

وان ادعى أحد الشريكين أن شريكه أعتق نصيبه وأنكر الآخر وكان المدعى عليه موسراً عتق نصيب المدعى وحده لاعترافه بحريته بسراية عتق شريكه وصار مدعيا نصف القيمة على شريكه ولا يسرى لأنه لا يعترف أنه المعتق له وإنما عتق باعترافه بحريته لا باعتاقه له ، ولا ولاء له عليه لإنكاره له ، قال القاضى وولاؤه موقوف .

وان كان المدعى عدلا لم تقبل شهادته لأنه يدعى نصف قيمته على شريكه فيجر بشهادته نفعا ، ومن شهد بشهادة يجر اليه بها نفعا بطلت شهادته كلها ، وأما ان كان المدعى عليه معسراً فالقول قوله مع يمينه ولا يعتق منه شيء ، وان كان المدعى عدلا حلف العبد مع شهادته وصار نصفه حراً .

وقال حماد : ان كان المشهود عليه موسراً سعى له وان كان معسراً سعى لهما وقال أبو حنيفه : ان كان معسرا سعى العبد وولاؤه بينهما ، وان كان موسرا فولاء نصفه موقوف فان اعترف أنه أعتق استحق الولاء والا كان الولاء لبيت المال .

(فصل) اذا قال أحد الشريكين ان كان هذا الطائر غرابا فنصيبي حر ، وقال

الآخر ان لم يكن غرابا فنصيبي حر وطار ولم يعلما حاله ، فان كانا موسرين عتق العبد كله ، وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا عتق نصيب المعسر وحده لما ذكرنا ، وان كانا معسرين لم يعتق نصيب واحد منهما لأنه لم يتعين الحنث فيه فان اشترى أحدهما نصيب الآخر عتق نصفه لاننا علمنا حرية نصفه ولم يسر الى النصف الآخر ، وان اشترى العبد أجنبي عتق نصفه لأن نصفه حر يقينا فلم يملك جميعه .

« مسألة » قال (وإذا مات رجل وخلف ابنين وعبدين لا يملك غيرهما وهما متساويان في القيمة ، فقال أحد الابنين أبي أعتق هذا . وقال الآخر : أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما أقرع بينهما ، فان وقعت القرعة على الذي اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه ان لم يجز الابنان عتقه كاملا وكان الاخر عبدا ، وان وقعت القرعة على الاخر عتق منه ثلثه وكان لمن قرعنا بقوله فيه سدسه ونصف العبد الاخر ، ولاخيه نصفه وسدس العبد الذي اعترف أن أباه أعتقه فصار ثلث كل واحد من العبدين حرا)

هذه المسألة محمولة على أن العتق كان في مرض الموت أو بالوصية لانه لو أعتقه في صحته لعتق كله ولم يقف على إجازة الورثة ، فأما اذا اعترفا أنه أعتق أحدهما في مرضه فلا يخلو من أربعة أحوال .

اما أن يعينا العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثاه ، لأن ذلك ثلث جميع ماله الا أن يجيزا عتق جميعه فيعتق .

الثاني : أن يعين كل واحد منهما العتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من كل واحد منهما ثلثه ، لأن كل واحد منهما حقه نصف العبدين فيقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له وذلك هو الثلث ، ولانه يعترف بحرية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منهما وهو الثلث ويبقى الرق في ثلثه فله نصفه وهو السدس ونصف العبد الذي ينكر عتقه .

والحال الثالث : أن يقول أحدهما أبي أعتق هذا ؛ ويقول الاخر : أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما — وهي مسألة الكتاب — فتقوم القرعة مقام تعيين

الذى لم يعين ، فإن وقعت على الذى عينه أخوه عتق منه ثلثاه كما لو عيناه بقولهما ، وان وقعت على الاخر كان كما لو عين كل واحد منهما عبداً يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذى عينه ونصف العبد الذى ينكر عتقه فيصير ثلث كل واحد من العبدين حراً .

الحال الرابع : أن يقولا أعتق أحدهما ولا ندرى من منهما فانه يقرع بين العبدين فمن وقعت عليه القرعه عتق منه ثلثاه ان لم يجيزا عتق جميعه وكان الاخر رقيقا .

(فصل) فإن رجع الابن الذى جهل عين المعتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل ، وان كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم ، وان خالفها عتق من الذى عينه ثلثه بتعيينه ، فإن عين الذى عينه أخوه عتق ثلثاه وان عين الاخر عتق منه ثلثه ، وهل يبطل العتق فى الذى عتق بالقرعة على وجهين .

« مسألة » قال (واذا كان لرجل نصف عبد ولاخر ثلثه ولاخر سدسه فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس معاً وهما موسران عتق عليهما وضمنا حق شريكهما فيه نصفين وكان ولاؤه بينهما أثلاثا ، لصاحب النصف ثلثاه ولصاحب السدس ثلثه)

وجملته أن العبد اذا كان مشتركا بين جماعه فأعتق اثنان منهم أو أكثر وهم موسرون سرى عتقهم الى باقى العبد ويكون الضمان بينهم على عدد رؤسهم يتساوون فى ضمانه وولائه ، وبهذا قال الشافعى .

ويحتمل أن يقسم بينهم على قدر أملاكهم وهو قول مالك فى احدى الروايتين عنه لأن السراية حصلت بإعتاق ملكيهما وما وجب بسبب الملك كان على قدره كالنفقة واستحقاق الشفعة .

ولنا أن عتق النصيب إتلاف لرق الباقى وقد اشتركا فيه فيتساويان فى الضمان كما لو جرح أحدهما جرحا والاخر جرحين فمات منهما أو ألقى أحدهما جزءاً من

النجاسة فى مائع وألقى الاخر جزأين ، ويفارق الشفعة فانها تثبت لإزالة الضرر عن نصيب الذى لم يبع فكان استحقاقه على قدر نصيبه ، ولأن الضمان ههنا لدفع الضرر منهما ، وفى الشفعة لدفع الضرر عنهما ، والضرر منهما يستويان فى ادخاله على الشريك ، وفى الشفعة ضرر صاحب النصف أعظم من ضرر صاحب السدس فاختلفا .

واذا ثبت هذا كان ولاؤه بينهما أثلاثا لأننا إذا حكمنا بأن الثلث معتق عليهما نصفين فنصف الثلث سدس إذا ضممناه الى النصف الذى لأحدهما صار ثلثين واذا ضممنا السدس الاخر الى سدس المعتق صار ثلثا ، وعلى الوجه الاخر يصير الولاء بينهما أرباعا : لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ولصاحب السدس ربعه والضمان بينهما كذلك .

فأما قوله فأعتقاه معا فلأنه شرط فى الحكم الذى ذكرناه اجتماعهما فى العتق بحيث لا يسبق أحدهما الاخر بأن يتلفظا به معا ، أو يوكل أحدهما صاحبه فيعتقهما معاً ، أو يوكلا وكيلا فيعتقهما أو يعلقا عتقه على شرط فيوجد ، فان سبق أحدهما صاحبه عتق عليه نصيب شريكيه جميعا وكان الضمان عليه والولاء له كله .

وقوله وهما موسران شرط آخر ، فان سراية العتق يشترط لها اليسار ، فان كان أحدهما موسرا وحده قوم عليه جميع نصيب من لم يعتق ، لأن المعسر لا يسرى عتقه فيكون الضمان على الموسر خاصة ، فان كان أحدهما يجد بعض ما يخصه قوم عليه ذلك القدر وباقيه على الاخر ، مثل أن يجد صاحب السدس قيمة نصف السدس فيقوم عليه ويقوم الربع على صاحب النصف ويصير ولاؤه بينهم أرباعا لصاحب السدس ربعه وباقيه لمعتق النصف ، لأنه لو كان أحدهما معسرا قوم الجميع على الاخر ، فاذا كان موسرا ببعضه قوم الباقى على صاحب النصف لانه موسر

« مسألة » قال (واذا كانت الأمة بين شريكين فأصابها أحدهما وأحبلها أدب ولم يبلغ به الحد وضمن نصف قيمتها لشريكه وصارت أم ولد له وولده حر وان كان معسرا كان فى ذمته نصف مهر مثلها وان لم تحبل منه فعليه نصف مهر مثلها يجرى على ما ذكرناه)

لا نعلم خلافا بين أهل العلم فى تحريم وطء الجارية المشتركة لان الوطء يصادف ملك غيره من غير نكاح ولم يحله الله تعالى فى غير ملك ولا نكاح ، بدليل قوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فاولئك هم العادون) وأكثر أهل العلم لايوجبون فيه حدا لأن له فيها ملكا فكان ذلك شبهة دارئه للحد ، وأوجبه أبو ثور لأنه وطء محرم لاجل كونه فى ملك غيره فأشبه ما لو لم يكن له فيها ملك .

ولنا أنه وطء صادف ملكه فلم يوجب به حد كوطء زوجته الحائض ويفارق ما لا ملك له فيها فإنه لا شبهه له فيها ، ولهذا لو سرق عينا له نصفها لم يقطع ولو لم يكن له فيها ملك قطع ، ولا خلاف فى أنه يعزر لما ذكرناه فى حجة أبى ثور ثم لا يخلو من حالين .

إما أن لا تحمل منه فهى باقية على ملكهما وعليه نصف مهر مثلها لأنه وطء سقط فيه الحد للشبهة فأوجب مهر المثل ، كما لو وطئها يظنها امرأته ، وسواء كانت مطاوعة أو مكرهة لما ذكرنا ، ولأن وطء جاريه غيره يوجب المهر وان طاوعت لأن المهر لسيدها فلا يسقط بمطاوعتها ، كما لو أذنت فى قطع عضو من أعضائها ، ويكون الواجب نصف المهر بقدر ملك الشريك فيها .

الحال الثانى : أن يحبلها وتضع ما يتبين فيه بعض خلق الانسان فانها تصير بذلك أم ولد للواطىء كما لو كانت خالصة له وتخرج بذلك من ملك الشريك كما تخرج بالاعتاق ، وسواء كان الواطىء موسرا أو معسرا لأن الإيلاد أقوى من الاعتاق ويلزمه نصف قيمتها لأنه أخرج نصفها من ملك الشريك فلزمته قيمته ، كما لو أخرجه بالاعتاق أو الاتلاف ، فان كان موسرا أداه وإن كان معسرا فهو فى ذمته كما لو أتلفها والولد حر يلحق نسبه بوالده لأنه من وطء فى محل له فيه ملك فأشبه مالو وطىء زوجته .

وقال القاضى : الصحيح عندى أنه لايقوم عليه نصيب شريكه إذا كان معسرا بل يصير نصفها أم ولد ونصفها قنا باقيا فى ملك الشريك لأن الأحبال كالعتق ويجرى مجراه فى التقويم والسراية فاعتبر فى سرايته اليسار كالعتق وهذا قول أبى الخطاب أيضا ومذهب الشافعى .

فعلى هذا إذا ولدت احتمل أن يكون الولد كله حرا لاستحالة انعقاد الولد من حر وعبد ، واحتمل أن يكون نصفه حرا ونصفه رقيقا ، لأن نصف أمه أم ولد ونصفها قن لغير الواطىء ، فكان نصف الولد حرا ونصفه رقيقا كولد المعتق بعضها ، وبهذا يتبين أنه لم يستحل انعقاد الولد من حر وقن .

ووجه قول الخرقى أن بعضها أم ولد فكان جميعها أم ولد كما لو كان الواطىء موسرا ، ويفارق الاعتاق فإن الاستيلاد أقوى ، ولهذا ينفذ من جميع المال من المريض ومن الصبي والمجنون ، والاعتاق بخلافه .

(فصل) قال أبو الخطاب : وهل تلزمه قيمة الولد ومهر الأمة ؟ على وجهين أحدهما لا يلزمه ذلك ، وهو ظاهر قول الخرقى لأنه لم يذكرهما ، لان الأمة صارت مملوكة له فلم يلزمه مهر مملوكته ولا قيمة ولدها ، ولأن الولد خلق حرا فلم يقوم عليه ولده الحر .

والوجه الثاني يلزمه لشريكه نصف مهر مثلها ونصف قيمة ولدها لأن الوطء صادف ملك غيره ، وإنما انتقلت بالوطء الموجب للمهر فيكون الوطء سبب الملك ولا يثبت الحكم إلا بعد تمام سببه فيلزم حينئذ تقدم الوطء على ملكه فيكون فى ملك غيره فيوجب مهر المثل ، وفعله ذلك منع انخلاق الولد على ملك الشريك فيجب عليه نصف قيمته كولد المغرور

وقال القاضى : ان وضعت الولد بعد التقويم فلا شىء على الواطىء لأنها وضعته فى ملكه وقت الوجوب حالة الوضع ولا حق للشريك فيها ولا فى ولدها وإن وضعته قبل التقويم فهل تلزمه قيمة نصفه ؟ على روايتين . ذكرهما أبو بكر واختار أنه تلزمه قيمته .

(فصل) ولا فرق بين أن يكون له فى الأمة ملك كثير أو يسير ، وقد ذكر الخرقى فيما اذا وطىء جارية من المغنم أنها تصير أم ولد اذا أحبلها ، وان كان إنما له فيها سهم يسير من أكثر من ألف سهم .

« مسأله » قال (وان ملك سهما ممن يعتق عليه بغير الميراث وهو موسر عتق عليه كله وكان لشريكه عليه قيمة حقه منه ، وان كان معسرا لم يعتق عليه إلا

مقدار ما ملك ، وإن ملك بعضه بالميراث لم يعتق منه إلا مقدار ما ملك ، موسراً كان أو معسرا)

قد ذكرنا فيما تقدم أن من ملك ذا رحم محرم فهو حر ، لما روى سمرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي .

وروى ضمرة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم « من ملك ذا رحم محرم فهو حر »

وسئل أحمد عن ضمرة فقال ثقة ، إلا أنه روى حديثين ليس لهما أصل أحدهما هذا الحديث . وروى عن ابراهيم عن الأسود عن عمر أنه قال « من ملك ذا رحم محرم فهو حر » وقد ذكرنا هذا وما فيه من الخلاف فيما تقدم ، فأما ان ملك سهماً ممن يعتق عليه ، مثل أن يملك سهما من ولده فإنه يعتق عليه ماملك منه ، سواء ملكه بعوض أو بغير عوض كالهبة والاغتنام والوصية ، وسواء ملكه باختياره كالذي ذكرناه أو بغير اختياره كالميراث لان كل مايعتق به الكل يعتق به البعض كالاعتاق بالقول ، ثم ينظر فإن كان معسرا لم يسر العتق واستقر في ذلك الجزء ورق الباقي لانه لو أعتقه بقوله لم يسر إعتاقه مع تصريحه بالعتق وقصده اياه فهمنا أولى .

وإن كان موسرا وكان الملك باختياره كالملك بغير الميراث سرى الى باقيه فعتق جميع العبد ولزمه لشريكه قيمة باقيه لانه فوته عليه ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ، وقال قوم لا يعتق عليه الا ما ملك ، سواء ملكه بشراء أو غيره لأن هذا لم يعتقه وانما عتق عليه بحكم الشرع عن غير اختيار منه فلم يسر كما لو ملكه بالميراث وفارق ما أعتقه لانه فعله باختياره قاصداً اليه .

ولنا أنه فعل سبب العتق اختيارا منه وقصدا اليه فسرى ولزمه الضمان كما لو وكل من أعتق نصيبه وفارق الميراث فإنه حصل من غير قصده ولا فعله ، ولأن من باشر سبب السراية اختيارا لزمه ضمانها كمن جرح إنسانا فسرى جرحه ، ولأن مباشرته لما يسري وتسببه اليه في لزوم حكم السراية واحد بدليل استواء الحافر

والدافع فى ضمان الواقع ، فأما إن ملكه بالميراث لم يسر العتق فيه واستقر فيما ملكه ورق الباقى ، سواء كان موسرا أو معسرا لأنه لم يتسبب إلى إعتاقه ، وإنما حصل بغير اختياره ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ، وعن أحمد مايدل على انه يسرى إلى نصيب شريكه إذا كان موسرا لأنه عتق عليه بعضه وهو موسر فسرى إلى باقيه كما لو وصى له به فقبله ، والمذهب الأول لأنه لم يعتقه ولا تسبب اليه فلم يضمن ولم يسر كالأجنبي وفارق ما تسبب اليه .

(فصل) وإن ورث الصبي والمجنون جزءاً ممن يعتق عليهما عتق ولم يسر إلى باقيه لأنه إذا لم يسر فى حق المكلف ففي حقهما أولى ، وإن وهب لهما أو وصى لهما به وهما معسران فعلى وليهما قبوله لأنه نفع لهما باعتاق قريبهما من غير ضرر يلحق بهما ، وإن كانا موسرين ففيه وجهان مبنيان على أنه هل يقوم عليهما باقيه إذا ملكا بعضه ؟ وفيه وجهان

أحدهما : لا يقوم ولا يسرى العتق اليه لانه يدخل فى ملكه بغير اختياره فأشبه ما لو ورثه .

والثانى يقوم عليه لان قبول وليه يقوم مقام قبوله فأشبه الوكيل ، فعلى هذا الوجه ليس لوليه قبوله لما فيه من الضرر ، وعلى الاول يلزمه قبوله لأنه يقع بغير ضرر إذا كان ممن لا تلزمه نفقته . واذا قلنا ليس له أن يقبله فقبله احتمل أن لا يصح القبول لانه فعل ما لم يأذن الشرع فيه فأشبه ما لو باع ماله بغبن ، واحتمل أن يصح وتكون الغرامة عليه لانه ألزمه هذه الغرامة فكانت عليه كنفقة الحج اذا حجه .

(فصل) وإذا باع عبدا لذى رحمه وأجنبي صفقة واحدة عتق كله اذا كان ذو الرحم معسرا وضمن لشريكه قيمة حقه منه . وقال القاضي لا يضمن لشريكه شيئا ، لان ملكه لم يتم إلا بقبول شريكه فصار كأنه أذن له فى إعتاق نصيبه .

ولنا انه عتق عليه نصيبه بملكه باختياره فوجب أن يقوم عليه باقيه مع يساره كما لو انفرد بشرائه ، ولا نسلم أنه لا يصح قبوله إلا بقبول شريكه .

(فصل) واذا كانت أمة مزوجة ولها ابن موسر فاشتراها هو وزوجها وهي

حامل منه صفقة واحـــدة عتق نصيب الابن من أمه وسرى الى نصيب الزوج ويقوم عليه وعتق الحمل عليهما معاً لانه ابن الزوج وأخ الابن ولا يجب لاحدهما على الآخر شيء منه لانه عتق عليهما فى حال واحـدة ، ولو كانت المسأله بحالها فوهبت لهما أو أوصى لهما بها فقبلاها فى حالة واحدة فكذلك ، وان قبلها أحدهما قبل الآخر نظرنا ، فإن قبل الابن أولا عتقت عليه الام وحملها، حصته من الأم بالملك وتبعها حصته من الحمل وسرى العتق الى الباقى من الام والولد وعليه قيمة باقيهما للزوج ، وان قبل الزوج أولا عتق عليه الحمل كله نصيبه بالملك وباقيه بالسراية وقوم عليه . ثم إذا قبل الابن عتقت عليه الام كلها ويتقاصان ويرد كل واحد منهما الفضـــل على صاحبه . ومن قال فى الوصية ان الملك لا يثبت فيها بالموت فالحكم فيه كما لو قبلاها دفعة واحدة .

(فصـــل)

واذا كان لرجل نصف عبدين متساويين فى القيمة لا يملك غيرهما فأعتق أحدهما فى صحته عتق وسرى الى نصيب شريكه لأنه موسر بالنصف الذى له من العبد الآخر ، فإن أعتق النصف الاخر من العبد الاخر عتق لأن وجوب القيمة فى ذمته لا يمنع صحة عتقه ولم يسر لانه معسر ، وإن أعتق الأول فى مرض موته لم يسر لأنه إنما ينفذ عتقه فى ثلث ماله ، وثلث ماله هو الثلث من العبد الذى أعتق نصفه ، فإذا أعتق الثانى وقف على إجازة الورثة ، وإن أعتق الاول فى صحته وأعتق الثانى فى مرضه لم ينفذ عتق الثانى لأن عليه دينا يستغرق قيمته فيمنع صحة عتقه إلا أن يجيز الورثة .

(فصـل) إذا شهد شاهدان على رجل أنه أعتق شركاً له فى عبد فسرى إلى نصيب الشريك وغرم له قيمة نصيبه ثم رجعاعن الشهادة غرما قيمة العبد جميعه .

وقال بعض أصحاب الشـافعى : تلزمهما غرامة نصيبه دون نصيب شريكه لأنهما لم يشهدا إلا بعتق نصيبه فلم تلزمهما غرامة ما سواه .

ولنا أنهما فوتا عليه نصيبه وقيمة نصيب شريكه فلزمهما ضمانه كما لو فوتاه بفعلهما وكما لو شهدا عليه بجرح ثم سرى الجرح ومات المجروح فضمن الدية ثم رجعا عن شهادتهما .

(فصل) وان شهد شاهدان على ميت بعتق عبد فى مرض موته وهو ثلث ماله فحكم حاكم بشهادتهما وعتق العبد ثم شهد آخران بعتق آخر هو ثلث ماله ثم رجع الأولان عن الشهادة نظرنا فى تاريخ شهادتهما فإن كانت سابقه ولم تكذب الورثة رجوعهما عتق الاول ولم يقبل رجوعهما ولم يغرما شيئاً ، ويحتمل أن يلزمهما شراء الثانى وإعتاقه لأنهما منعا عتقه بشهادتهما المرجوع عنها ، وان صدقوهما فى رجوعهما كذبوهما فى شهادتهما عتق الثانى ورجعوا عليهما بقيمة الأول لأنهما فوتا رقه عليهم بشهادتهم المرجوع عنها

وان كان تاريخها متأخراً عن الشهادة الأخرى بطل عتق المحكوم له بعتقه لاننا تبينا أن الميت قد أعتق ثلث ماله قبل إعتاقه ولم يغرم الشاهدان شيئا لانهما مافوتا شيئا ، وان كانتا مطلقتين أو احداهما او اتفق تاريخهما أقرع بينهما ، فان خرجت على الثانى عتق وبطل عتق الاول ولا شيء على الشاهدين لان الاول باق على الرق ، وان خرجت قرعة الاول عتق ونظرنا فى الورثة فان كذبوا الشاهدين الاولين فى شهادتهما عتق الثانى ورجعوا على الشاهدين بقيمة الاول لأنهما فوتا رقه بغير حق ، فان كذبوهما فى رجوعهما لم يرجعوا عليهما بشيء لانهم يقرون بعتق المحكوم بعتقه .

« مسألة » قال (وإذا كان له ثلاثه أعبد فأعتقهم فى مرض موته أو دبرهم أو دبر أحدهم وأوصى بعتق الآخرين ولم يخرج من ثلثه إلا واحد لتساوى قيمتهم أقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق ، فمن وقع له سهم الحرية عتق دون صاحبيه)

وجملة ذلك أن العتق فى مرض الموت والتدبير والوصية بالعتق يعتبر خروجه من الثلث ، لان النبى صلى الله عليه وسلم لم يجز من عتق الذى أعتق ستة مملوكين فى مرضه الا ثلثهم ، ولانه تبرع بمال أشبه الهبة ، فإن أعتق أكثر من الثلث لم يجز إلا الثلث ، فإن أعتق عبيداً فى مرضه واحدا بعد واحد بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث ، وان وقع العتق دفعة واحدة ولم يخرجوا من الثلث أقرع بينهم فأخرج الثلث بالقرعة ، ومسألة الخرقى فيما إذا وقع العتق دفعة واحدة ولم يكن له مال سواهم .

وأما إن دبرهم استوى المقدم والمؤخر منهم لأن التدبير عتق معلق بشرط وهو الموت، والشرط إذا وجد ثبت المشروط به فى وقت واحد، وكذلك الموصى بعتقه يستوى هو والتدبير لأن الجميع عتق بعد الموت، فمتى أعتق ثلاثة أعبد متساوين فى القيمة هم جميع ماله دفعة واحدة أو دبرهم أو وصى بعتقهم أو دبر بعضهم ووصى بعتق باقيهم ولم يجز الورثة أكثر من الثلث أقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق، فمن خرج له سهم الحرية عتق ورق صاحباه، وبهذا قال عمر بن عبد العزيز وأبان بن عثمان ومالك والشافعى وإسحاق وداود وابن جرير.

وقال أبو حنيفة: يعتق من كل واحد ثلثه ويستسعى فى باقيه، وروى نحو هذا عن سعيد بن المسيب وشريح والشعبى والنخعى وقتادة وحماد لأنهم تساووا فى سبب الاستحقاق فيتساوون فى الاستحقاق، كما لو كان يملك ثلثهم وحده وهو ثلث ماله أو كما لو وصى بكل واحد منهم لرجل.

وأنكر أصحاب أبى حنيفة القرعة وقالوا هى من القمار وحكم الجاهلية، ولعلهم يردون الخبر الوارد فى هذه المسألة لمخالفته قياس الأصول. وذكر الحديث لحماد فقال هذا قول الشيخ — يعنى إبليس — فقال له محمد بن ذكوان وضع القلم عن ثلاثة أحدهم المجنون حتى يفيق — يعنى انه مجنون — فقال له حماد ما دعاك الى هذا؟ فقال محمد وأنت فما دعاك إلى هذا؟ وهذا قليل فى جواب حماد وكان حريا أن يستتاب عن هذا فإن تاب وإلا ضربت عنقه.

ولنا ما روى عمران بن الحصين أن رجلا من الأنصار أعتق ستة مملوكين فى مرضه لا مال له غيرهم، فجزأهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ستة أجزاء، فأعتق اثنين وأرق أربعة، وهذا نص فى محل النزاع وحجة لنا فى الامرين المختلف فيهما وهما جمع الحرية واستعمال القرعة وهو حديث صحيح ثابت رواه مسلم وأبو داود وسائر أصحاب السنن.

ورواه عن عمران بن الحصين الحسن وابن سيرين وأبو المهلب ثلاثة أئمة ورواه الإمام أحمد عن إسحاق بن عيسى عن هشيم عن خالد الحذاء عن أبى قلابة عن أبى زيد الانصارى عن النبى (ص).

قال أحمد : أبو زيد الأنصارى رجل من أصحاب النبى (ص) ، وروى نحوه عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأنه حق فى تفريقه ضرر فوجب جمعه بالقرعه كقسمة الاجبار إذا طلبها أحد الشريكين ، ونظيره من القسمة ما لو كانت دار بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها وفيها ثلاثة مساكن متساويه لا ضرر فى قسمتها فطلب أحدهما القسمة فانه يجعل كل بيت سهماً ويقرع بينهم بثلاثه أسهم لصاحب الثلث سهم وللآخر سهمان .

وقولهم ان الخبر يخالف قياس الاصول تمنع ذلك بل هو موافق له لما ذكرناه وقياسهم فاسد لأنه إذا كان ملكه ثلثهم وحده لم يمكن جمع نصيبه والوصية لا ضرر فى تفريقها بخلاف مسألتنا ، وان سلمنا مخالفته قياس الأصول فقول رسول الله صلى الله عليه وسلم واجب الاتباع سواء وافق القياس أو خالفه ، لانه قول المعصوم الذى جعل الله تعالى قوله حجة على الخلق أجمعين وأمرنا باتباعه وطاعته وحذر العقاب فى مخالفة أمره وجعل الفوز فى طاعته والضلال فى معصيته وتطرق الخطأ الى القائس فى قياسه أغلب من تطرق الخطأ الى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم والأئمة بعدهم فى رواياتهم، على أنهم قد خالفوا قياس الاصول بأحاديث ضعيفة فأوجبوا الوضوء بالنبيذ فى السفر دون الحضر ونقضوا الوضوء بالقهقهة فى الصلاة دون خارجها .

وقولهم فى مسألتنا فى مخالفة القياس والاصول أشد وأعظم والضرر فى مذهبهم أعظم ، وذلك لان الاجماع منعقد على أن صاحب الثلث فى الوصية وما فى معناها لا يحصل له شىء حتى يحصل للورثة مثلاه . وفى مسألتنا يعتقون الثلث ويستسعون العبد فى الثلثين ولا يحصل للورثة شىء فى الحال أصلا ويحيلونهم على السعاية وربما لا يحصل منها شىء أصلا ، وربما لا يحصل منها فى الشهر إلا درهم أو درهمان فيكون هذا فى حكم من لم يحصل له شىء وفيه ضرر على العبيد لأنهم يجبرونهم على الكسب والسعاية عن غير اختيار منهم وربما كان المجبر على ذلك جارية فيحملها ذلك على البغاء أو عبداً فيسرق أو يقطع للطريق وفيه ضرر على الميت حيث أفضوا بوصيته الى الظلم والإضرار وتحقيق ما يوجب له العقاب من ربه

والدعاء عليه من عبيده وورثته ، وقد روى عن النبي (ص) فى الحديث الذى ذكرناه فى حق الذى فعل هذا قال « لو شهدته لم يدفن فى مقابر المسلمين » .

قال ابن عبد البر فى قول الكوفيين ضروب من الخطأ والاضطراب مع مخالفة السنة الثابتة ؛ وأشار الى ماذكرناه ، وأما إنكارهم للقرعه فقد جاءت فى الكتاب والسنة والإجماع ، قال الله تعالى (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم) وقال تعالى (فساهم فكان من المدحضين) .

وأما السنة فقال أحمد : فى القرعة خمس سنن أقرع بين نسائه وأقرع فى ستة مملوكين ، وقال لرجلين « استهما » وقال « مثل القائم على حدود الله والمداهن فيها كمثل قوم استهموا على سفينة » وقال « لو يعلم الناس مافى النداء والصف الأول لاستهموا عليه » .

وفى حديث الزبير أن صفية جاءت بثوبين ليكفن فيهما حمزة رضى الله عنه فوجدنا الى جنبه قتيلا ، فقلنا لحمزة ثوب وللأنصارى ثوب ، فوجدنا أحدالثوبين أوسع من الآخر فأقرعنا عليهما ثم كفنا كل واحد فى الثوب الذى طار له ، وتشاح الناس يوم القادسية فى الاذان فأقرع بينهم سعد وأجمع العلماء على استعمالها فى القسمة ولا أعلم بينهم خلافا فى أن الرجل يقرع بين نسائه إذا أراد السفر بإحداهن ، واذا أراد البداية بالقسمة بينهن وبين الأولياء إذا تساووا وتشاحوا فيمن يتولى التزويج أو من يتولى استيفاء القصاص وأشباه هذا .

فصل فى كيفية القرعة

قال أحمد : قال سعيد بن جبير يقرع بينهم بالخواتيم أقرع بين اثنين فى ثوب فأخرج خاتم هذا وخاتم هذا ، ثم قال يخرجون بالخواتيم ثم تدفع الى رجل فيخرج منها واحداً ، قال أحمد بأى شيء خرجت مما يتفقان عليه وقع الحكم به ، سواء كان رقاعا أو خواتيم .

قال أصحابنا المتأخرون الاولى أن يقطع رقاعا صغاراً متساوية ثم تلقى فى حجر رجل لم يحضر أويغطى عليها بثوب ثم يقال له أدخل يدك فأخرج بندقة فيفضها ويعلم ما فيها ، وهذا قول الشافعى ، وفى كيفية القرعة والعتق ست مسائل .

أحدها : أن يعتق عدداً من العبيد لهم ثلث صحيح كثلاثة أو ستة أو تسعة وقيمتهم متســـاوية ولا مال له غيرهم فيخرجون ثلاثة أجزاء : جزءاً للحرية وجزأين للرق وتكتب ثلاث رقاع في واحدة حرية وفي اثنين رق ويترك في ثلاثة بنادق وتغطى بثوب ، ويقاله لرجل لم يحضر أخرج على اسم هذا الجزء فإن خرجت قرعة الحرية عتق ورق الجزءان الآخران وان خرجت قرعة رق رق وأخرجت أخرى على جزء آخر ، فإن خرجت رقعة الحرية عتق ورق الجزء الثالث ، وإن خرجت قرعة الرق رق وعتق الجزء الثالث لان الحرية تعينت فيهم ، وإن شئت كتبت اسم كل جزء في رقعة ثم أخرجت رقعه على الحرية فإذا خرجت رقعه على الحريه عتق المسمون فيها ورق الباقون ، وان خرجت رقعة على الرق رق المسمون فيها ثم تخرج أخرى على الرق فيرق المسمون فيها ويعتق الجزء الثالث وان أخرجت الثانية على الحرية عتق المسمون فيها دون الثالث .

المسألة الثانية : أن تمكن قسمتهم أثلاثا وقيمهم مختلفة يمكن تعديلهم بالقيمة كستة قيمة اثنين منهم ثلاثة آلاف وقيمة اثنين ألفان وقيمة اثنين ألف ألفـــ فيجعل الاثنين الاوسطين جزءاً ويجعل اثنين قيمة أحدهما ثلاثة آلاف مع آخر قيمته ألفـــ جزءا والآخران جزءاً فيكونون ثلاثة أجزاء متساوية في العدد والقيمة على ماقدمناه في المسألة الأولى ، قيل لأحمد لم يستووا في القيمة ؟ قال يقومون بالثمن .

المسأله الثالثة : يكونون متساوين في العدد مختلفين في القيمة ولا يمكن الجمع بين تعديلهم بالعدد والقيمة معا ، ولكن يمكن تعديلهم بكل واحد منهما منفرداً كستة أعبد قيمة أحدهم ألفـــ وقيمة اثنين ألف وقيمة ثلاثه ألفـــ فانهم يعدلون بالقيمة دون العدد نص عليه أحمد . وقال : إذا كانت قيمة واحد مثل اثنين قوم لانه لا يجوز أن يقع العتق في أكثر من الثلث ولا أقل ، وفي قسمتهم بالعدد تكرار القرعة وتبعيض العتق حتى يكمل الثلث فكان التعديل بالقيمة أولى .

بيان ذلك أننا لو جعلنا الذى قيمته ألف آخر فخرجت قرعة الحرية لهما احتجنا أن نعيد القرعه بينهما ، فاذا خرجت على القليل القيمه عتق وأعتق من الذى قيمته ألف تمام الثلث .

وإن وقعت قرعة الحرية على اثنين قيمتهما دون الثلث عتقا ثم أعيدت لتكميل الثلث ، فإذا وقعت على واحـد كملت الحرية منه فحصل ما ذكرناه من التبعيض والتكرار ، ولان قسمتهم بين المشتركين فيهم إنما يعـدلون فيها بالقيمة دون الاجزاء فعلى هذا يجعل الذى قيمته ألف جزءاً والاثنين اللذين قيمتها ألف جزءاً والثلاثة الباقين جزءاً ثم يقرع بينهم على ما ذكرنا .

المسألة الرابعة : أمكن تعديلهم بالقيمة دون العدد كسبعة قيمة أحدهم ألف وقيمة اثنين ألف وقيمة أربعة ألف فيعدلون بالقيمة دون العدد كما ذكرنا .

المسألة الخامسـة . أمكن تعديلهم بالعدد دون القيمة ، كستة أعبد قيمة اثنين ألف وقيمة اثنين سبعمائة وقيمة اثنين خمسمائة فها هنا نجزؤهم بالعـدد لتعذر تجزئتهم بالقيمة فيجعل كل اثنين جزءاً ويضم كل واحد ممن قيمتها قليلة الى واحد ممن قيمتهما كثيرة ، ويجعل المتوسطين جزءا ويقرع بينهم فإن وقعت قرعة الحرية على جزء قيمته أكثر من الثلث أعيدت القرعة بينهما فيعتق من تقع له قرعة الحرية ويعتق من الآخر تتمة الثلث ورق باقيه والباقون، وان وقعت الحرية على جزء أقل من الثلث عتقا جميعا ثم يكمل الثلث من الباقين بالقرعة .

المسألة السادسـة : لم يمكن تعديلهم بالعـدد ولا القيمة ، كخمسة أعبد قيمة أحدهم ألف واثنان ألف واثنان ثلاثة آلاف ، احتمل أن يجزئهم ثلاثة أجزاء فيجعل أحدهم أكثرهم قيمة جزءاو يضم الى الثانى كثير القيمة أقل الباقين قيمةو يجعلهما جزءاًوالباقين جزءاً ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمى رق لان هذاأقرب الى مافعله النبي صلى الله عليه وسلم ويعدل الثلث بالقيمة على ماتقدم ، واحتمل أن لايجزئهم بل تخرج القرعة على واحد واحد حتى يستوفى الثلث ، فيكتب خمس رقاع بأسمائهم ثم يخرج رقعة على الحرية فمن خرج اسمه فيها عتق ثم يخرج الثانية فمن خرج اسمه فيها عتق منه تمام الثلث ، وان كانوا ثمانية قيمتهم سواء ففيهم ثلاثة أوجه .

أحدها : أن يكتب ثمانية رقاع بأسمائهم ثم يخرج على الحرية رقعة بعد أخرى حتى يستوفى الثلث .

والثانى : أن يجزئهم أربعة أجزاء ثم يقرع بينهم بسهم حرية وثلاثة رق

فمن خرج له سهم الحرية عتق ثم يقرع بين الستة بسهم حرية وسهمي رق فمن خرج له سهم الحرية أعيدت بينهما فمن خرج له سهم الحرية كمل الثلث منه .

والثالث : أن يجزئهم ثلاثة أجزاء ثلاثة وثلاثة واثنان ويقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق ، فإن خرج سهم الحرية الاثنين عتقا وكمل الثلث بالقرعة من الباقين وان خرجت لثلاثة أقرع بينهم بسهم حرية وسهمي رق ، ذكر هذين الوجهين الآخرين أبو الخطاب .

وروى عن أحمد خمسة أو أربعة يجعل أكثرهم قيمة مكان اثنين ان كانا قيمته والا أقرع بين ثلاثه قيمتهم واحدة ثم يقرع بين الذى بقى والذى تصيبه القرعه ينظر ما بقى من قيمته من الثلث فيعتق حصته ، فإن كان جميع ماله عبدين أقرعنا بينهما بسهم حريه وسهم رق على كل حال .

(فصـــل)

وان كان للمعتق مال غير العبد مثلا قيمة العبيد أو أكثر عتق العبيد كلهم لخروجهم من الثلث ، وان كان أقل من مثليهم عتق من العبد قدر ثلث المـال كله فإذا كان العبيد كلهم نصف المال عتق ثلثاهم ، وان كانا ثلثى المـال عتق نصفهم وإن كانوا ثلاثة أرباعه عتق أربعة أتساعهم ، وطريقه ان تضرب قيمة العبد فى ثلاثة ثم تنسب اليه مبلغ التركة فما خرج بالنسبة عتق من العبيد مثلها ؛ فإذا كان قيمة العبد ألفا وباقى التركة ألف ضربت قيمة العبد فى ثلاثه تكن ثلاثة آلاف ثم تنسب اليها الألفين تكن ثلثيها فيعتق ثلثاهم ، وان كان قيمة العبد ثلاثة آلاف وباقى التركة ألف ضربت قيمتهم فى ثلاثه تكن تسعه آلاف وتنسب اليها التركة كلها تكن أربعه اتساعها ؛ وان كان قيمتهم اربعه آلاف وباقى التركة ألف ضربت قيمتهم فى ثلاثة تكن اثنى عشر ألفا ونسبت اليها خمسة آلاف تكن ربعها وسدسها فيعتق من العبيد ربعهم وسدسهم .

(فصل) وان كان على الميت دين يحيط بالتركة لم يعتق منهم شيء ، وان كان يحيط ببعضها قدم الدين لان العتق وصيه ؛ وقد قضى رسول الله (ص) ان الدين قبل الوصيه ولأن قضاء الدين واجب وهذا تبرع وتقديم الواجب متعين ، وان كان الدين بقدر نصف العبيد جعلوا جزأين وكتبت رقعتان ، رقعه للدين ورقعه

للتركة وتخرج واحدة منهما على أحد الجزأين فمن خرجت عليه رقعة الدين بيع فيه وكان الباقي من جميع التركة يعتق ثلثهم بالقرعة على ما تقدم .

وان كان الدين بقدر ثلثهم كتبت ثلاث رقاع ، رقعة للدين واثنتان للتركة ، وان كان بقدر ربعهم كتب أربع رقاع ، رقعة للدين وثلاثة للتركة ، ثم يقرع بين من خرجت له رقاع التركة ، وان كتب رقعة للدين ورقعة للحرية ورقعتان للتركة جاز ، وقيل لا يجوز لئلا تخرج رقعة الحرية قبل قضاء الدين ، والأول أصح لأنه إنما يمنع من العتق قبل قضاء الدين إذا لم يكن له وفاء .

فأما اذا كان له وفاء لم يمنع منه بدليل مالو كان العتق فى أقل من ثلث الباقى بعد وفاء الدين فإنه لا يمنع من العتق قبل وفائه .

(فصل) واذا أعتق فى مرض موته ثلاثة لا يملك غيرهم أو واحداً منهم غير معين فمات أحدهم أقرعنا بين الميت والأحياء ، فإن وقعت على الميت حسبناه من التركة وقومناه حين الإعتاق ، سواء مات فى حياة سيده أو بعده قبل القرعه وبهذا قال الشافعى .

وقال مالك : ان مات قبل موت سيده أقرعنا بين الحيين لأنهما جميع التركة ولهذا لا يعتق إلا ثلثهما ولا يعتبر الميت لأنه ليس بمحسوب من التركة ، ولأنه لو أعتق الحيين بعد موته لاعتقنا ثلثهما .

ولنا أن الميت أحد المعتقين فوجب أن يقرع بينه وبينهم كما لو مات بعد سيده ولأن المقصود تكميل الأحكام وحصول ثواب العتق ويحصل هذا فى الميت فوجب أن يدخل فى القرعه ، كما لو مات بعد سيده ، فأما ان وقعت القرعة على الحى نظرنا فى الحى فان كان الميت مات قبل موت السيد أو بعده قبل قبض الوارث له لم نحسبه من التركة ، لأنه لم يصل الى الوارث فتكون التركة الحيين فيخرج ثلثهما ممن وقعت عليه القرعه وتعتبر قيمته حين الإعتاق ، لانه حين إتلافه وتعتبر قيمة التركة بأقل الأمرين من حين الموت الى حين قبض الوارث ، لان الزيادة فائدة تجددت على ملك الوارث فلا تحسب عليه من التركة والنقصان قبل القبض لم يحصل له ولم ينتفع به ، فأشبه الشارد والآبق ، وانما يحسب عليه ما حصل فى يده ولا يحسب الميت من التركة لانه ما وصل إلى الورثه فيكمل ثلث الحيين ممن وقعت عليه القرعه

وإن كان موته بعد قبض الورثة حسب من التركة لأنه وصل اليهم وجعلناه كالحى فى تقويمه معهم والحكم بإعتاقه إن وقعت عليه القرعة أو من الثلثين إن وقعت القرعه على غيره وتحسب قيمته أقل الأمرين من حين موت سيده إلى حين قبضه ونحو هذا قال الشافعى .

(فصل) وإن دبر الثلاثة أو وصى بعتقهم فمات أحدهم فى حياته بطل تدبيره والوصية فيه وأقرع بين الحيين فأعتق من أحدهما ثلثهما ، لأن الميت لا يمكن الحكم بوقوع العتق فيه لكونه مات قبل الوقت الذى يعتق فيه وقبل أن يتحقق شرط العتق بخلاف التى قبلها فإن العتق حصل من حين الاعتاق وإنما القرعة تبينه وتكشفه ولهذا يحكم بعتقه من حين الاعتاق حتى يكون كسبه له وحكمه حكم الاحرار فى سائر أحواله ، وإن مات المدبر بعد موت سيده أقرع بينه وبين الاحياء لانه قد حصل العتق من حين موت السيد .

« مسألة » قال (ولو قال لهم فى مرض موته أحدكم حر أو كلكم حر ومات فكذلك)

أما إذا قال لهم كلكم حر فهى المسألة التى تقدمت وشرحناها ، وأما اذا قال أحدكم حر فإنه يقرع بينهم فيخرج أحدهم بالقرعه فيعتق ويرق الباقون ، وسواء كان للميت مال سواهم أو لم يكن اذا كان يخرج من الثلث ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ، ولو كان المعتق حياً ولم ينو واحداً بعينه لم يكن له التعيين وأعتق أحدهم بالقرعة . وان قال أردت واحداً منهم بعينه قبل منه وتعينت الحرية فيه .

وقال أبو حنيفه والشافعى : له تعيين أحدهم فيعتق من عينه ، وان لم يكن نواه حالة القول ويطالب المعتق بالتعيين فإذا عين أحدهم تعين حسب اختياره ولم يكن لسائر العبيد الاعتراض عليه ، لان له تعيين العتق ابتداء فإذا أوقعه غير معين كان له تعيينه كالطلاق .

ولنا أن مستحق العتق غير معين فلم يملك تعيينه كما لو أعتق الجميع فى مرضه ولم يخرجوا من الثلث ، وكما لو أعتق معينا ثم نسيه والطلاق كمسألتنا، فأما ان مات

المعتق ولم يعين فالحكم عندنا لا يختلف وليس للورثة التعيين بل يخرج المعتق بالقرعة ، وقد نص الشافعي على هذا اذا قالوا لاندرى أيهم أعتق . وقال أبو حنيفة لهم التعيين لانهم يقومون مقام موروثهم وقد سبق الكلام فى المعتق .

(فصل) ولو أعتق احدى امائه ثم وطىء احداهن لم يتعين الرق فيها ، وبهذا قال أبو حنيفه . وقال الشافعي : يتعين الرق فيها لان الحرية عنده تتعين بتعيينه ووطؤه دليل على تعيينه ، وقد سبق الكلام على هذا الاصل ولان المعتقة واحدة فلم تتعين بالوطء كما لو أعتق واحدة ثم نسيها .

(فصـــل)

واذا أعتق واحدا بعينه ونسيه فقياس قول أحمد أن يعتق أحدهم بالقرعه وهذا قول الليث ، وقال الشافعي . يقف الامر حتى يذكر فإن مات قبل أن يتبين أقرع الورثة بينهم ، وقال ابن وهب يعتقون كلهم .

وقال مالك : ان أعتق عبداً له ومات ولم يبين فكانوا ثلاثة عتق منهم بقدر ثلثهم . وان كانوا أربعة عتق منهم بقدر ربع قيمتهم وعلى هذا فيقرع بينهم فإن خرجت القرعه على من قيمته أقل من الربع أعيدت القرعه حتى تكمل

وقال أصحاب الرأى: ان قال الشهود نشهد أن فلانا أعتق أحد عبيده ولم يسم عتق ثلث كل واحد منهم وسعى فى باقيه أو ربع كل واحد منهم ان كانوا أربعة وإن قالوا نشهد أن فلانا أعتق بعض عبيده ونسيناه فشهادتهم باطلة ونحو هذا قول الشعبي والأوزاعى ولم يذكرا ما ذكره أصحاب الرأى فى الشهادة .

ولنا أن مستحق العتق غير معين ، فأشبه ما لو أعتق جميعهم فى مرض موته فإن أقرع بينهم فخرجت القرعه لواحد ثم قال المعتق : ذكرت أن المعتق غيره ففيه وجهان . أحدهما : يرد الاول الى الرق ويعتق الذى عينه لأنه تبين له المعتق فعتق دون غيره كما لو لم يقرع .

والثاني : يعتقان معاً ، وهو قول الليث ومقتضى قول ابن حامد لأن الاول ثبتت الحرية فيه بالقرعه فلا تزول كسائر الأحرار ، ولأن قول المعتق ذكرت من كنت نسيته يتضمن إقرارا عليه بحرية من ذكره واقرارا على غيره فقبل اقراره

على نفسه ولم يقبل على غيره ، وأما إذا لم يقرع فإنه يقبل قوله فيعتق من عينه ويرق غيره ، فإذا قال أعتقت هذا عتق ورق الباقون، وإن قال أعتقت هذا لا بل هـــذا عتق جميعاً لأنه أقر بعتق الأول فلزمه ثم أقر بعتق الثانى فلزمه ولم يقبل رجوعه عن إقراره الاول فكذلك الحكم فى إقرار الوارث

« مسألة » قال (واذا ملك نصف عبد فدبره أو أعتقه فى مرض موته فعتق بموته وكان ثلث ماله يفى بقيمة النصف الذى لشريكه أعطى وكان كله حراً فى إحـــدى الروايتين والاخرى لا يعتق إلا حصته ، وان حمل ثلث ماله قيمة حصة شريكه)

وجملته أنه اذا ملك شقصا من عبد فأعتقه فى مرض موته أو دبره أو وصى بعتقه ثم مات ولم يف ثلث ماله بقيمة نصيب الشريك لم يعتق الا نصيبه بلا خلاف نعلمه بين أهل العلم الا قولا شاذاً أو قول من يرى السعايه ، وذلك أنه ليس له من ماله الا الثلث الذى استغرقته قيمة الشقص فيبقى معسراً ، بمنزلة من أعتق فى صحته شقصا وهو معسر ، فأما ان كان ثلث ماله يفى بقيمة حصة شريكه ففيه روايتان .

احداهما : يسرى الى نصيب الشريك فيعتق العبد جميعه ويعطى الشريك قيمة نصيبه من ثلثه لأن ثلث المال للمعتق والملك فيه تام وله التصرف فيه بالتبرع والاعتاق وغيره لجرى مجرى مال الصحيح فيسرى عتقه كسراية عتق الصحيح الموسر

والروايه الثانيه : لا يعتق الا حصته ، لأنه بموته يزول ملكه الى ورثته فلا يبقى شىء يقضى منه الشريك ، وبهذا قال الاوزاعى لان الميت لا يضار .

وقال القاضى : ما أعتقه فى مرض موته سرى ، وما دبره أو وصى بعتقه لم يسر ، وقال الروايه فى سرايه العتق حال الحياة أصح ، والروايه فى وقوفه فى التدبير أصح ، وهذا مذهب الشافعى لان العتق فى الحياة ينفذ فى حال ملك المعتق وصحه تصرفه ، وتصرفه فى ثلثه كتصرف الصحيح فى جميع ماله ، وأما التدبير والوصيه فإنما يحصل العتق به فى حال يزول ملك المعتق وتصرفاته والله أعلم :

« مسأله » قال (وكذلك الحكم اذا دبر بعضه وهو مالك لكله)

وجملته أنه إذا دبر بعض عبده ، وهو أن يقول اذا مت فنصف عبدى حر ثم مات ، فإن كان النصف المدبر ثلث ماله من غير زيادة عتق ولم يسر ، لأنه لو دبره كله لم يعتق منه الا ثلثه ، فإذا لم يدبر الا ثلثه كان أولى ، وإن كان العبد كله يخرج من الثلث ، ففى تكميل الحريه روايتان .

إحداهما : تكمل وهو قول أكثر الفقهاء لأن أبا حنيفة وأصحابه يرون التدبير كالاعتاق فى السراية ، وهو أحد قولى الشافعى ، لأنه إعتاق لبعض عبده ، فعتق جميعه كما لو أعتقه فى حياته .

والرواية الثانيه : لا يكمل العتق فيه ، لأنه لا يمنع جواز البيع ، فلا يسرى كتعليقه بالصفة .

(فصل) فأما ان أعتق بعض عبده فى مرضه فهو كعتق جميعه أن خرج من الثلث عتق جميعه والا عتق منه بقدر الثلث ، لان الإعتاق فى المرض كالاعتاق فى الصحه ، إلا فى اعتباره من الثلث ، وتصرف المريض فى ثلثه فى حق الأجنبى كتصرف الصحيح فى جميع ماله ، كما لو أعتق شركا له فى عبد ، وثلثه يحتمل جميعه وعنه لا يعتق منه إلا ما عتق .

(فصـــل) واذا دبر أحد الشريكين حصته صح ولم يلزمه فى الحال لشريكه شىء ، وهذا قول الشافعى ، فإذا مات عتق الجزء الذى دبره إذا خرج من ثلث ماله وفى سرايته الى نصيب الشريك ما ذكرنا فى المسألة وقبلها : وقال مالك . إذا دبر نصيبه تقاوماه ، فإن صار للمدبر صار مدبراً كله ؛ وان صار للآخر صار رقيقا كله . وقال الليث : يغرم المدبر لشريكه قيمة نصيبه ويصير العبد كله مدبراً فإن لم يكن له مال سعى العبد فى قيمة نصيب الشريك ، فاذا أداها صار مدبراً كله وقال أبو يوسف ومحمد : يضمن المدبر للشريك قيمة حقه موسراً كان أو معسراً ويصير المدبر له .

وقال أبو حنيفة : الشريك بالخيار ، ان شاء دبر ، وإن شاء أعتق ، وان شاء استسعى العبد ، وان شاء ضمن صاحبه ان كان موسراً . ولنا أنه تعليق للعتق على صفة ، فصح فى نصيبه ، كما لو علقه بموت شريكه .

« مسألة » قال (ولو أعتقهم وثلثه يحتملهم فأعتقناهم ثم ظهر عليه دين يستغرقهم بعناهم فى دينه)

وجملته : أن المريض اذا أعتق عبيده فى المرض أو دبرهم أو وصى بعتقهم ومات ثم ظهر عليه دين وهم يخرجون من ثلثه فى الظاهر فأعتقناهم ، ثم ظهر عليه دين يستغرق التركة تبينا بطلان عتقهم وبقاء رقهم فيباعون فى الدين ويكون عتقهم وصية والدين مقدم على الوصية ولهذا قال على رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى أن الدين قبل الوصية ولأن الدين مقدم على الميراث بالاتفاق ولهذا تباع التركة فى قضاء الدين ، وقد قال الله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين) والميراث مقدم على الوصية فى الثلثين فما تقدم على الميراث يجب أن يقدم على الوصيه وبهذا قال الشافعى ورد ابن أبى ليلى عبداً أعتقه سيده عند الموت وعليه دين ، قال أحمد : أحسن ابن أبى ليلى .

وذكر أبو الخطاب عن أحمد رواية فى الذى يعتق عبده فى مرضه وعليه دين أنه يعتق منه بقدر الثلث ويرد الباقى . وقال قتادة ، وأبو حنيفة وإسحاق يسعى العبد فى قيمته .

ولنا أنه تبرع فى مرض موته بما يعتبر خروجه من الثلث فقدم عليه الدين كالهبة ؛ ولأنه يعتبر من الثلث فقدم عليه الدين كالوصية وخفاء الدين لا يمنع ثبوت حكمه ولهذا يملك الغريم استيفاءه ، فعلى هذا تبين أنه أعتقهم وقد استحقهم الغريم بدينه فلم ينفذ عتقه كما لو أعتق ملك غيره ، فان قال الورثة نحن نقضى الدين ونمضى العتق ففيه وجهان .

أحدهما : لا ينفذ حتى يبتدئوا العتق لان الدين كان مانعا منه فيكون باطلا ولا يصح بزوال المانع بعده .

والثانى : ينفذ العتق لان المانع منه انما هو الدين فاذا سقط وجب نفوذه كما لو أسقط الورثة حقوقهم من ثلثى التركة ، نفذ العتق فى الجميع ، ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين ، وقالوا إن أصل الوجهين اذا تصرف الورثة فى التركة ببيع أو غيره وعلى الميت دين وقضى الدين هل ينفذ ؟ فيه وجهان .

(فصل) فان أعتق المريض ثلاثة أعبد لا مال له غيرهم فأقرع الورثة فأعتقوا واحداً وأرقوا اثنين ثم ظهر عليه دين يستغرق نصفهم ففيه وجهان .

أحدهما : تبطل القرعة لأن الدين شريك فى الاقراع فاذا حصلت القسمة مع عدمه كانت باطلة كما لو قسم شريكان دون شريكهما الثالث .

الثاني يصح الاقراع لانه لا يمكن إمضاء القسمه وافراد حصة الدين من كل واحد من النصيبين لان القرعه دخلت لاجل العتق دون الدين فيقال للورثه اقضوا ثلث الدين وهو بقدر قيمة نصف العبدين اللذين بقيا إما من العبيد واما من غيرهم ويجب رد نصف العبد الذى عتق فاذا كان الذى أعتق عبدين أقرعنا بينهما فاذا خرجت القرعه على أحدهما ، فكان بقدر سدس التركه عتق وبيع الآخر فى الدين وان كان أكثر عتق منه بقدر السدس وان كان أقل عتق وعتق من الاخر تمام السدس .

« مسألة » قال (ولو أعتقهم وهم ثلاثه فأعتقنا منهم واحداً لعجز ثلثه عن أكثر منه ثم ظهر له مال يخرجون من ثلثه عتق من أرق منهم)

وجملته : أنه اذا أعتق ثلاثه فى مرضه لم يعرف له مال غيرهم أو دبرهم أو وصى بعتقهم لم يعتق منهم إلا ثلثهم ويرق الثلثان إذا لم يجز الورثه عتقهم فاذا فعلنا ذلك ثم ظهر له مال بقدر مثليهم تبينا أنهم قد عتقوا من حين أعتقهم أو من حين موته ان كان دبرهم لأن التدبير وتصرف المريض فى ثلث ماله جائز نافذ وقد بان أنهم ثلث ماله وخفاء ذلك علينا لا يمنع كونه موجوداً فلا يمنع كون العتق واقعا ، فعلى هذا يكون حكمهم حكم الاحرار من حين أعتقهم فيكون كسبهم لهم وان كانوا قد تصرف فيهم ببيع أو هبه أو رهن أو تزويج بغير اذن كان ذلك باطلا ، وان كانوا قد تصرفوا فحكم تصرفهم حكم تصرف الاحرار فلو تزوج عبد منهم بغير إذن سيده كان نكاحه صحيحا والمهر عليه واجب وان ظهر له مال بقدر قيمتهم عتق ثلثاهم لانهما ثلث جميع المال فيقرع بين الاثنين اللذين أوقفناهما فيعتق احدهما ويرق الآخر ان كانا متساويين فى القيمه ، وان

ظهر له مال بقدر نصفهم عتق نصفهم ، وإن كان بقدر ثلثهم عتق أربعة أتساعهم وكلما ظهر له مال عتق من العبدين اللذين رقا بقدر ثلثه .

(فصـــل)

وإذا وصى بعتق عبد له يخرج من ثلثه وجب على الوصى إعتاقه فإن أوصى بذلك ورثته لزمهم اعتاقه فإن امتنعوا أجبرهم السلطان ، فإن أصروا على الامتناع أعتقه السلطان أو من ينوب منابه كالحاكم ، لان هذا حق لله تعالى وللعبد ، ومن وجب عليه ذلك ناب السلطان عنه أو نائبه كالزكاة والديون ، فإذا أعتقه الوارث أو السلطان عتق وما اكتسبه فى حياة الموصى فهو للموصى يكون من جملة تركته ان بقى بعده لانه كسب عبده القن ، وما كسبه بعد موته وقبل اعتاقه فهو للوارث وقال القاضى : هو للعبد لأنه كسبه بعد استقرار سبب العتق فيه فكان له ككسب المكاتب .

وقال بعض أصحاب الشافعى : فيه قولان مبنيان على القولين فى كسب العبد الموصى به قبل قبول الوصية .

ولنا أنه عبد قن فكان كسبه للورثة كغير الموصى بعتقه وكالمعلق عتقه بصفة وفارق المكاتب فإنه يملك كسبه قبل عتقه فكذلك بعده ، ويبطل ما ذكروه بأم الولد ، فإن عتقها قد استقر سببه فى حياة سيدها وكسبها له ، والموصى به لا نسلمه وان سلمناه فالفرق بينهما أن الموصى به قد تحقق فيه سبب الملك ، وانما وقف على شرط هو القبول ، فإذا وجد الشرط استند الحكم الى ابتداء السبب ، وفى الوصية بالعتق ما وجد السبب ، وانما أوصى بإيجاده وهو العتق ، فإذا وجد لم يجز أن يثبت حكمه سابقا عليه ، ولهذا يملك الموصى له أن يقبل بنفسه ، وههنا لا يملك العبد أن يعتق نفسه .

وان مات العبد بعد تمام موت سيده وقبل اعتاقه فما كسبه للورثة على قولنا ولا أعلم قول من خالفنا فيه .

(فصـــل) فان علق عتق عبده على شرط فى صحته فوجد فى مرضه اعتبر خروجه من الثلث ، قاله أبو بكر ، قال وقد نص أحمد على مثل هذا فى الطلاق .

وقال أبو الخطاب : فيه وجه آخر انه يعتق من رأس المال ، وهو مذهب الشافعي لأنه لا يتهم فيه فأشبه العتق في صحته

ولنا انه عتق في حال تعلق حق الورثة بثلثي ماله فاعتبر من الثلث كالمنجز . وقولهم لا يتهم فيه ، قلنا وكذلك العتق المنجز لا يتهم فيه فإن الانسان لا يتهم بمحاباة غير الوارث وتقديمه على وارثه ، وإنما منع منه لما فيه من الضرر بالورثة ، وهذا حاصل ههنا ، ولو قال إذا قدم زيد وأنا مريض فأنت حر فقدم وهو مريض كان معتبراً من الثلث وجها واحداً .

فصل

وإذا أعتق عبداً وله مال فماله لسيده ، روى هذا عن ابن مسعود وابي ايوب وأنس بن مالك ، وبه قال قتادة والحكم والثوري والشافعي وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن حماد والبتي وداود بن أبي هند وحميد . وقال الحسن وعطاء والشعبي والنخعي ومالك وأهل المدينة يتبعه ماله لما روى نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد » رواه الإمام أحمد بإسناده وغيره . وروى حماد بن سلمة عن أيوب عن نافع عن ابن عمر أنه كان إذا أعتق عبداً لم يعرض لماله

ولنا ما روى الأثرم بإسناده عن ابن مسعود أنه قال لغلامه عمير يا عمير إني أريد أن أعتقك عتقاً هنيئا فأخبرني بمالك ، فاني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول « أيما رجل أعتق عبده أو غلامه فلم يخبره بماله فماله لسيده » ولان العبد وماله كانا جميعا للسيد فأزال ملكه عن أحدهما فبقي ملكه في الآخر كما لو باعه ، وقد دل على هذا حديث النبي صلى الله عليه وسلم « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع »

فأما حديث ابن عمر فقال أحمد يرويه عبد الله بن ابي جعفر من أهل مصر وهو ضعيف في الحديث كان صاحب فقه ، فأما في الحديث فليس هو فيه بالقوي وقال أبو الوليد هذا الحديث خطأ ، فأما فعل ابن عمر فانه تفضل منه على معتقه . قيل للامام أحمد : كان هذا عندك على التفضل ؟ فقال أي لعمري على التفضل قيل له فكأنه عندك للسيد ؟ فقال نعم للسيد مثل البيع سواء

« مسألة » قال (واذا قال لعبـــده أنت حر فى وقت سماه لم يعتق حتى يأتى ذلك الوقت)

وجملة ذلك أن السيد إذا علق عتق عبده أو أمته على مجيء وقت مثل قوله أنت حر فى رأس الحول لم يعتق حتى يأتى رأس الحول وله بيعه وهبته وإجارته ووطء الامة ، وبهذا قال الأوزاعى والشافعى وابن المنذر . قال أحمد : اذا قال لغلامه أنت حر إلى أن يقدم فلان ومجيء فلان واحد والى رأس السنة والى رأس الشهر انما يريد اذا جاء رأس السنة أو جاء رأس الهلال منه ، واذا قال أنت طالق اذا جاء الهلال انما تطلق اذا جاء رأس الهلال ، وقال اسحاق كما قال احمد .

وحكى عن مالك انه اذا قال لعبده أنت حر فى رأس الحول عتق فى الحال ، والذى حكاه ابن المنذر عنه انها اذا كانت جارية لم يطأها لانه لا يملكها ملكا تاما ولا يهبها ولا يلحقها بسببه رق ، وان مات السيد قبل الوقت كانت حرة عند الوقت من رأس المال .

وقد روى عن أحمد انه لا يطؤها لان ملكه غير تام عليها ، والأول أصح لما روى عن أبى ذر انه قال لعبده انت عتيق الى رأس الحول ، فلولا ان العتق يتعلق بالحول لم يعلقه عليه لعدم فائدته ولأنه علق العتق بصفة فوجب ان يتعلق بها ، كما لو قال اذا أديت الى ألفا فأنت حر واستحقاقها للعتق لا يمنع الوطء كالاستيلاد ولا يلزم المكاتبة لأنها اشترت نفسها من سيدها بعوض وزال ملكه عن اكسابها بخلاف مسألتنا .

(فصل) واذا جاء الوقت وهو فى ملكه عتق بغير خلاف نعلمه ، وان خرج عن ملكه ببيع أو ميراث او هبة لم يعتق ، وبهذا قال ابو حنيفة والشافعى ، وقال النخعى وابن ابى ليلى : اذا قال لعبده ان فعلت كذا فأنت حر ، فباعه بيعا صحيحا ثم فعل ذلك الفعل عتق وانتقض البيع ، قال ابن ابى ليلى : اذا حلف بالطلاق لا كلمت فلانا ثم طلقها طلاقا بائنا ثم كلمه حنث ، وعامة اهل العلم على خلاف هذا القول ، لان النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا طلاق ولا عتاق ولا بيع فيما لا يملك ابن آدم » ولانه لا ملك له فلم يقع طلاقه ولا عتاقه كما لو لم يكن له مال متقدم

(فصـل) وإذا قال لعبده إن لم أضربك عشرة أسواط فأنت حر ولم ينو وقتاً بعينه لم يعتق حتى يموت ولم يوجد الضرب ، وان باعه قبل ذلك صح بيعه ولم ينفسخ فى قول أكثر أهل العلم ، وقال مالك : ليس له بيعه فإن باعه فسخ البيع ولنا أنه باعه قبل وجود الشرط فصح ولم ينفسخ ، كما لو قال إن دخلت الدار فأنت حر وباعه قبل دخولها .

(فصل) وإذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه ودخل الدار عتق ، وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى فيها قولان .

أحدهما : لا يعتق لأن ملكه فيه متأخر عن عقد الصفة فلم يقع العتق فيه كما لو عقد الصفه فى حال زوال ملكه عنه

ولنا أنه علق الصفة فى ملكه وتحقق الشرط فى ملكه فوجب أن يحنث كما لو لم يزل ملكه عنـــه ، وفارق ما إذا علقها فى حال زوال ملـكه وتحقق الشرط فى ملـكه لأنه لو نجز العتق لم يقع فإذا علقه كان أولى بعدم الوقوع بخلاف مسألتنا ، فأما إن دخل الدار بعد بيعه ثم اشتراه ودخل الدار فالمنصوص عن أحمد أنه لا يعتق وذكر عنه رواية أخرى انه يعتق ، وروى عنه فى الطلاق انه يقع لأن التعليق والشرط وجدا فى ملـكه فأشبه ما لو لم يتخللهما دخول .

ووجه الاول أن العتق معلق على شرط لا يقتضى التكرار ، فإذا وجد مرة انحلت اليمين وقد وجد الدخول فى ملك غيره فانحلت اليمين فلم يقع العتق به بعد ذلك ، ويفارق العتاق الطلاق من حيث أن النكاح الثانى ينبنى على النكاح الأول ، بدليل أن طلاقه فى النكاح الأول يحسب عليه فى النكاح الثانى وينقص به عـــدد طلاقه والملك باليمين بخلافه

(فصل) وإذا قال لعبد له مقيد هو حر إن حل قيده ، ثم قال هو حر إن لم يكن فى قيده عشرة أرطال فشهد شاهدان عند الحاكم أن وزن قيده خمسة أرطال فحكم بعتقه وأمر بحل قيده فوزن فوجد وزنه عشرة أرطال عتق العبد بحل قيده وتبينا انه ما عتق بالشرط الذى حكم الحاكم بعتقه به ، وهل يلزم الشاهدين ضمان قيمته ؟ فيه وجهان . أحدهما انه يلزمهما ضمانها لأن شهادتهما الكاذبة سبب عتقه وإتلافه فضمناه كالشهادة المرجوع عنها ، ولأن عتقه حصـل بحكم الحاكم المبنى

على الشهادة الكاذبة فأشبه الحكم بالشهادة التى يرجعان عنها ، وهذا قول ابى حنيفة

والثانى لا ضمان عليها وهو قول ابو يوسف ومحمد لأن عتقه لم يحصل بالحكم المبنى على شهادتهما ، وإنما حصل بحل قيده ولم يشهدا به فوجب أن لا يضمنا كما لو لم يحكم الحاكم .

(فصل) وإن قال لعبده أنت حر متى شئت لم يعتق حتى يشاء بالقول ، فمتى شاء عتق سواء كان على الفور أو التراخى ، وان قال أنت حر إن شئت فكذلك ويحتمل أن يقف ذلك على المجلس لان ذلك بمنزلة التخيير ، ولو قال لامرأته اختارى نفسك لم يكن لها الاختيار الا على الفور فإن تراخى ذلك بطل خيارها كذا تعليقه بالمشيئة من غير أن يقرنه بزمن يدل على التراخى ، وان قال أنت حر كيف شئت احتمل أن يعتق فى الحال ، وهو قول ابى حنيفة لان كيف لا تقتضى شرطا ولا وقتا ولا مكانا فلا تقتضى توقيت العتق ، وانما هى صفه للحال فتقتضى وقوع الحرية على أى حال شاء ويحتمل أن لا يعتق حتى يشاء وهو قول ابى يوسف ومحمد لان المشيئة تقتضى الخيار فتقتضى أن لا يعتق قبل اختياره ، كما لو قال أنت حر متى شئت لان كيف تعطى ماتعطى متى وأى فحكمها حكمها

وقد ذكر ابو الخطاب فى الطلاق انه اذا قال لزوجته انت طالق متى شئت وكيف شئت وحيث شئت لم تطلق حتى تشاء فيجىء ههنا مثله .

(فصل) وتعليق العتق على أداء شىء ينقسم ثلاثة أقسام

أحدها : تعليقه على صفة محضة ، كقوله ان أديت الىّ ألفاً فأنت حر ، فهذه صفة لازمة لاسبيل الى ابطالها لانه ألزمها نفسه طوعا فلم يملك ابطالها ، كما لو قال ان دخلت الدار فأنت حر ، ولو اتفق السيد والعبد على ابطالها لم تبطل بذلك ، ولو ابرأه السيد من الالف لم يعتق بذلك ولم يبطل الشرط لانه لا حق له فى ذمته يبرئه منه وانما هو تعليق على شرط محض ؛ وان مات السيد انفسخت الصفة لان ملكه زال عنه فلا ينفذ عتقه فى ملك غيره ، وان زال ملكه ببيع او هبة زالت الصفة ، فإن عاد الى ملكه عاد كما ذكرنا فيما قبل ، ومتى وجدت الصفة عتق ولم يحتج الى تجديد اعتاق من جهة السيد لأنه ازالة ملك معلق على صفة وهو قابل للتعليق فيوجد بوجود الصفة كالطلاق .

وما يكسبه العبد قبل وجود الشرط فهو لسيده لأنه لم يوجد عقد يمنع كون كسبه لسيده ، الا أن ما يأخذه السيد منه يحسبه من الألف التى أداها ، فإذا كمل أداؤها عتق وما فضل فى يده لسيده ، وان كان المعلق عتقه أمة فولدت لم يتبعها ولدها فى أحد الوجهين لانها أمة قن ، فأشبه مالو قال : ان دخلت الدار فأنت حرة ، ولا تجب عليها قيمة نفسها لأنه عتق من السيد بصفة فأشبه مالو باشر عتقها ولا يعتق حتى يؤدى الألف بكمالها .

وذكر القاضى أن من أصلنا أن العتق المعلق بصفه يوجد بوجود بعضها ، كما لو قال أنت حر إن أكلت رغيفا فأكل بعضه ، وهذا لا يصح لوجوه .

أحدها : أن اداء الألف شرط العتق وشروط الأحكام يعتبر وجودها بكمالها لثبوت الأحكام وتنتفى بانتفائها بدليل سائر شروط الأحكام .

الثانى : أنه إذا علقه على وصف ذى عدد فالعدد وصف فى الشرط ، ومتى علق الحكم على شرط ذى وصف لايثبت مالم توجد الصفة ، كما لو قال لعبده ان خرجت عاريا فأنت حر ، فخرج لابسا لا يعتق ، فكذلك العدد .

الثالث : أنه متى كان فى اللفظ ما يدل على الكل لم يحنث بفعل البعض وكذلك لو حلف لاصليت صلاة لم يحنث حتى يفرغ مما يسمى صلاة ، ولو حلف لاصمت صياماً لم يحنث حتى يصوم يوما ، ولو قال لامرأته ان حضت حيضة فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر من الحيضة ، وقد ذكر القاضى هذه المسائل ونظائرها ، وذكر الالف ههنا يدل على إرادته أداء الالف كاملة .

الرابع : أننا لا نسلم هذا الاصل الذى ادعاه وأنه إذا قال له أنت حر ان أكلت رغيفا لم يعتق بأكل بعضه ، وانما اذا حلف لا يفعل شيئا ففعل بعضه حنث فى رواية فى موضع يحتمل ارادة البعض ويتناوله اللفظ ، كمن حلف لا يصلى فشرع فى الصلاة أو لا يصوم فشرع فى الصوم . أو لايشرب ماء هذا الإناء فشرب بعضه ونحو هذا ، لان الشارع فى الصلاة والصيام قد صلى وصام ذلك الجزء الذى شرع فيه ، والقدر الذى شربه من الإناء هو ماء الاناء وقرينة حاله تقتضى المنع من الكل فتقتضى الامتناع من الكل ، ومتى فعل البعض فما امتنع من الكل فحنث لذلك ، ولو حلف على فعل شىء لم يبرأ إلا بفعل الجميع .

وفى مسألتنا تعليق الحرية على أداء الألف يقتضى وجود أدائها فلا يثبت الحكم المعلق عليها دون أدائها ، كمن حلف ليؤدين ألفا لم يبرأ حتى يؤديها

الخامس : أن موضوع الشرط فى الكتاب والسنه وأحكام الشريعة على أنه لا يثبت المشروط بدون شرطه ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « من قال لا إله إلا الله دخل الجنة » فلو قال بعضها مقتصراً عليه لم يستحق إلا العقوبة ، وقال « من أحيا أرضا ميتة فهى له » فلو شرع فى الأحياء لم تكن له ، ولو قال فى المسابقة من سبق الى خمس إصابات فهو سابق فسبق الى أربع لم يكن سابقا ، ولو قال من رد ضالتى فله دينار فشرع فى ردها لم يستحق شيئا ، فكيف يخالف موضوعات الشرع واللغة بغير دليل ، وانما الذى جاء عن أحمد فى الأيمان فيمن حلف لا يفعل شيئا ففعل بعضه يحنث ، لأن اليمين على الترك يقصد بها المنع فنزلت منزلة النهى والنهى عن فعل شىء يقتضى المنع من بعضه بخلاف تعليق المشروط على الشرط والله أعلم .

القسم الثانى : صفة جمعت معاوضة وصفة والمغلب فيها حكم المعاوضة وهى الكتابة الصحيحة فهى مساوية للصفة المحضة فى العتق بوجودها وأنه لا يجب عليه قيمة نفسه وأن الولاء لسيده ، وتخالفها فى أنه لو أبرأه السيد من المال برىء منه وعتق لأن ذمته مشغولة به فبرىء منه بابرائه كثمن المبيع ، ولا ينفسخ بموت السيد ولا بيع المكاتب ولا هبته لأنه عقد معاوضة لازم أشبه البيع وما كسبه قبل الاداء فهو له وما فضل فى يده بعد الأداء فهو له وولد المكاتبه الذين ولدتهم فى الكتابة يعتقون بعتقها .

القسم الثالث : صفة فيها معاوضة والمغلب فيها حكم الصفة وهى الكتابة الفاسدة نحو الكتابة على مجهول أو نجم واحد أو مع إخلال شرط من شروط الكتابة فتساوى الصفة المحضة ، والكتابة فى أنه لا يعتق بالاداء لأنه عتق معلق على شرط ولا تلزمه قيمة نفسه ولا يبطل بجنون المكاتب ولا الحجر عليه لأن الحجر للرق لا يمنع صحة كتابته فلا يقتضى حدوثه إبطالها وإن أدى حال جنونه عتق لان الصفة وجدت .

وقال أبو بكر : لا يعتق بذلك ويفارقهما فى أن للسيد فسخها ورفعها لأنها فاسدة ، والفاسد يشرع رفعه وإزالته ، ويفارق الكتابة الصحيحة فى أنها تبطل بموت السيد وجنونه والحجر عليه لسفه لأنه عقد جائز من جهته فبطل بهذه الامور كالوكالة والمضاربة ، وقد قال أحمد اذا وسوس فهو بمنزلة الموت ، وهذا قول القاضى .

وقال أبو بكر : لا تبطل بشيء من ذلك لانه عقد كتابة فلم يبطل بذلك كالصحيحة وتفارق الصفة المحضة فى أن كسب العبد قبل الأداء له وما فضل فى يده بعد الأداء فهو له دون سيده ، ويتبع المكاتبة ولدها حملا لها على الكتابة الصحيحة فى أحد الوجهين فيهما وفى الآخر لا يستحق كسبه ، ولا يتبع المكاتبة ولدها لأن العتق حصل بالصفه لا بالكتابه .

وأما الكتابه بمحرم كالخمر والخنزير فقال القاضى هى كتابة فاسدة حكمها حكم ما ذكرنا ويعتق فيها بالاداء ، وقال أبو بكر : لا يعتق فيها بالاداء وهو ظاهر كلام أحمد فى روايه الميمونى إذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق مالم تكن الكتابة محرمه ، وينبغى أن يقال ان علق العتق على أداء المحرم عتق به كما لو علق العتق على السرقه وشرب الخمر ، وان قال كاتبتك على خمر لم يعتق بأدائه كقول أبى بكر والله أعلم .

(فصل) واذا قال لعبده أنت حر وعليك ألف عتق ولا شيء عليه لانه أعتقه بغير شرط وجعل عليه عوضا لم يقبله فيعتق ولم يلزمه الالف ، هكذا ذكر المتأخرون من أصحابنا .

ونقل جعفر بن محمد قال : سمعت ابا عبد الله قيل له : اذا قال أنت حر وعليك ألف درهم قال جيد ، قيل له : فإن لم يرض العبد ؟ قال لا يعتق انما قاله له على ان يؤدى اليه ألف درهم فان لم يؤد فلا شيء ، وان قال أنت حر على ألف فكذلك فى احدى الروايتين لان على ليست من أدوات الشرط ولا البدل فأشبه قوله وعليك ألف .

والثانية : ان قبل العبد عتق ولزمته الالف وان لم يقبل لم يعتق ، وهذا قول

مالك والشافعي وأبي حنيفة لأنه أعتقه بعوض فلم يعتق بدون قبوله ، كما لو قال أنت حر بألف ، وهذه الرواية أصح لأن على تستعمل للشرط والعوض ، قال الله تعالى (قال له موسى هل أتبعك على أن تعلمن مما علمت رشداً) وقال تعالى (فهل نجعل لك خرجا على أن تجعل بيننا وبينهم سدا) .

ولو قال في النكاح زوجتك ابنتي فلانة على صداق خمسمائة درهم ، فقال الآخر قبلت صح النكاح وثبت الصداق . وقال الفقهاء إذا تزوجها على ألف لها وألف لأبيها كان ذلك جائزاً ، فأما اذا قال أعتقتك على أن تخدمني سنة فقبل ففيها روايتان كالتي قبلها ، وقيل ان لم يقبل العبد لم يعتق رواية واحدة ، فعلى هذا إذا قبل العبد عتق في الحال ولزمته خدمته سنة ، فإن مات السيد قبل كمال السنة رجع على العبد بقيمة ما بقي من الخدمة بهذا . وقال الشافعي وقال أبو حنيفة : تقسط قيمة العبد على خدمة السنة فيسقط منها بقدر مامضى ويرجع عليه بما بقي من قيمته

ولنا أن العتق عقد لا يلحقه الفسخ فاذا تعذر فيه استيفاء العوض رجع الى قيمته ، كالخلع في النكاح والصلح في دم العمد ، وان قال أنت حر على أن تعطيني ألفا فالصحيح أنه لا يعتق حتى يقبل ، فاذا قبل عتق ولزمه الألف ، وان قال أنت حر بألف لم يعتق حتى يقبل فيعتق ويلزمه ألف .

(فصل)

واذا علق عتق أمته بصفة وهي حامل تبعها ولدها في ذلك لأنه كعضو من أعضائها ، فان وضعته قبل وجود الصفة ثم وجدت الصفة عتق لأنه تابع في الصفه فأشبه مالو كان في الصفه ، فأشبه مالو كان في البطن ، وان كانت حائلا حين التعليق ثم وجدت الصفه وهي حامل عتقت هي وحملها لأن العتق وجد فيها وهي حامل فتبعها ولدها كالمنجز ، وان حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفه ثم وجدت بعد ذلك لم يعتق الولد لأن الصفه لم تتعلق به لا في حال التعليق ولا في حال العتق وفيه وجه آخر أنه يتبعها في العتق قياسا على ولد المدبرة ، وان بطلت الصفه ببيع أو موت لم يعتق الولد لأنه إنما يتبعها في العتق لا في الصفه فاذا لم توجد فيها لم يوجد فيه بخلاف ولد المدبرة فانه تبعها في التدبير فاذا بطل فيها بقي فيه

« مسألة » قال (واذا أسلمت أم ولد النصراني منع من غشيانها والتلذذ بها وأجبر على نفقتها فان أسلم حلت له واذا مات عتقت)

هذه المسألة يؤخر شرحها الى باب عتق أمهات الأولاد فانه أليق بها .

« مسأله » قال (وإذا قال لأمته أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين أقرع بينهما فمن أصابته القرعه فهو حر اذا أشكل أولهما خروجا)

إنما كان كذلك لأن أحدهما استحق العتق ولم يعلم بعينه فوجب اخراجه بالقرعه ، كما لو قال لعبيده أحدكم حر ، وقد سبق القول فى هذه المسأله ، فأما ان علم أولهما خروجا فهو الحر وحده . وهذا قول مالك والثورى وابى هاشم والشافعى وابن المنذر ، وقال الحسن والشعبى وقتادة : إذا ولدت ولدين فى بطن فهما حران ولنا انه إنما اعتق الاول والذى خرج اولا هو اول المولودين ، فاختص العتق به كما لو ولدتهما فى بطنين .

(فصل) فان ولدت الاول ميتاً والثانى حيا فذكر الشريف انه يعتق الحى منهما ، وبه قال ابو حنيفه ، وقال ابو يوسف ومحمد والشافعى . لا يعتق واحد منهما وهو الصحيح ان شاء الله تعالى ، لان شرط العتق إنما وجد فى الميت وليس بمحل للعتق فانحلت اليمين به ، وإنما قلنا ان شرط العتق إنما وجد فيه لانه اول ولد بدليل انه لو قال لامته اذا ولدت ولداً فأنت حرة فولدت ولداً ميتا عتقت .

ووجه الاول ان العتق يستحيل فى الميت فتعلقت اليمين بالحى ، كما لو قال ان ضربت فلانا فعبدى حر فضربه حيا عتق وإن ضربه ميتا لم يعتق ، ولانه معلوم من طريق العادة انه قصد عقد يمينه على ولد يصح العتق فيه ، وهو ان يكون حيا فتصير الحياة مشروطه فيه ، فكأنه قال اول ولد تلدينه حيا فهو حر .

(فصل) وان قال لامته كل ولد تلدينه فهو حر عتق كل ولد ولدته فى قول جمهور العلماء ، منهم مالك والشافعى والاوزاعى والليث والثورى . قال ابن المنذر ولا احفظ عن غيرهم خلافهم ، فان باع الامه ثم ولدت لم يعتق ولدها لانها ولدتهم بعد زوال ملكه .

(فصـــل)

فإن قال أول غـــلام أملكه فهو حر انبنى ذلك على العتق قبل الملك ، وفيه روايتان .

فإن قلنا يصح عتق أول من يملكه ، فإن ملك اثنين عتق أحدهما بالقرعة فى قياس قول أحمد ، فإنه قال فى رواية مهنا : إذا قال أول من يطلع من عبيدى فهو حر فطلع اثنان أو جميعهم فإنه يقرع بينهم ، ويحتمل أن يعتقا جميعا لأن الاولية وجدت فيهما جميعا فتثبت الحرية فيهما ، كما لو قال فى المسابقة من سبق فله عشرة فسبق اثنان اشتركا فى العشرة .

وقال النخعى : يعتق أيهما شاء . وقال أبو حنيفة : لا يعتق واحد منهما لأنه لا أول فيهما ، لأن كل واحد منهما مساو للآخر ، ومن شرط الاولية سبق الأول .

ولنا أن هذين لم يسبقهما غيرهما فكانا أول كالواحد ، وليس من شرط الاول أن يأتى بعده ثان ، بدليل ما لو ملك واحداً ولم يملك بعده شيئا ؛ وإذا كانت الصفة موجودة فيهما ، فإما أن يعتقا جميعا أو يعتق أحدهما وتعينه القرعة على ماذكرنا من قبل ، وكذلك الحكم فيما اذا قال أول ولد تلدينه فهو حر فولدت اثنين وخرجا جميعا معاً فالحكم فيهما كذلك .

(فصل) وإن قال آخر عبد أملكه فهو حر ، فملك عبيداً لم يحكم بعتق واحد منهم حتى يموت لانه ما دام حياً فهو يحتمل أن يملك عبداً يكون هو الآخر ، فإذا مات عتق آخرهم وتبينا انه كان حراً حين ملكه فيكون اكسابه له ، وان كانت أمة كان أولادها أحرارا من حين ولدتهم لأنهم أولاد حرة ، وان كان وطئها فعليه مهرها لانه وطىء حرة أجنبية ولا يحل له أن يطأها حين ملكها حتى يملك بعدها غيرها ، لانه ما لم يملك بعدها غيرها فهى آخر فى الحال ، وانما يزول ذلك بملك غيرها فوجب أن يحرم الوطء ، وان ملك اثنين دفعة واحدة ثم مات فالحكم فى عتقهما كالحكم فيما اذا ملك اثنين فى المسألة التى قبلها .

« مسألة » قال (وإذا قال العبد لرجل اشترني من سيدي بهذا المال فأعتقني ففعل فقد صار حراً وعلى المشتري أن يؤدي الى البائع مثل الذي اشتراه به وولاؤه للذي اشتراه إلا أن يكون قال له بعني بهذا المال ، فيكون الشراء والعتق باطلا ويكون السيد قد أخذ ماله)

وجملته أن العبد اذا دفع الى أجنبي مالا وقال اشترني من سيدي بهذا المال فأعتقني ففعل لم يخل من أن يشتريه بعين المال أو في ذمته ثم ينقد المال فإن اشتراه في ذمته فأعتقه فالشراء صحيح والعتق جائز لانه ملكه بالشراء فنفذ عتقه له وعلى المشتري أداء الثمن الذي اشتراه به ، لانه لزمه الثمن بالبيع ، والذي دفعه الى السيد كان ملكا له لا يحتسب له به من الثمن فيبقى الثمن واجباً عليه يلزمه أداؤه وكان العتق من ماله والولاء له ، وبهذا قال الشافعي وابن المنذر

وأما ان اشتراه بعين المال فالشراء باطل والعتق غير واقع لانه اشترى بعين مال غيره شيئا بغير اذنه فلم يصح الشراء ولم يقع العتق لانه أعتق مملوك غيره بغير اذنه ويكون السيد قد أخذ ماله لان ما في يد العبد محكوم به لسيده .

وعلى الرواية التي تقول ان النقود لا تتعين بالتعيين في العقود يصح البيع والعتق ويكون الحكم كما لو اشتراه في ذمته ، ونحو هذا قال النخعي واسحاق فإنهما قالا : الشراء والعتق جائزان ، ويرد المشتري مثل الثمن من غير تفريق .

وقال الحسن : البيع والعتق باطلان . وقال الشعبي : لا يجوز ذلك ويعاقب من فعله من غير تفريق أيضا ؛ وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق ، وفيه توسط بين المذهبين فكان أولى ان شاء الله تعالى .

(فصـــل)

ولو كان العبد بين شريكين فأعطى العبد أحدهما خمسين دينارا على أن يعتق نصيبه منه فأعتقه عتق وسرى الى باقيه ان كان موسرا ورجع عليه شريكه بنصف الخمسين وبنصف قيمة العبد ، لأن ما في يد العبد يكون بين سيديه لا ينفرد به أحدهما ، الا أن نصيب المعتق ينفذ فيه العتق ، وان كان العوض مستحقا اذ لم يقع

العتق على عينها ، وانما سمى خمسين ثم دفعها اليه ، وان أوقع العتق على عينها يجب أن يرجع على العبد بقيمة ما أعتقه بالعوض المستحق ويسرى العتق الى نصيب شريكه فيرجع بقيمته ويكون الولاء للمعتق .

(فصل) ولو وكل أحد الشريكين شريكه فى عتق نصيبه فقال الوكيل نصيبي حر عتق وسرى الى نصيب شريكه ويكون الولاء له ، وان أعتق نصيب الموكل عتق وسرى الى نصيبه والولاء للموكل ، وان أعتق نصف العبد ولم ينو شيئا احتمل أن ينصرف الى نصيبه لأنه لا يحتاج الى نية ونصيب شريكه يفتقر الى النية ولم ينو ذلك واحتمل أن ينصرف الى نصيب شريكه لانه أمره بالاعتاق فانصرف الى ما أمر به .

ويحتمل أن ينصرف اليهما لانهما تساويا فانصرف اليهماوأيهما حكمنا بالعتق عليه ضمن نصيب شريكه ، ويحتمل أن لا يضمن لان الوكيل ان أعتق نصيبه فسرى الى نصيب شريكه لم يضمنه لانه مأذون له فى العتق وقد أعتق بالسراية فلم يضمن كمن أذن له فى اتلاف شيء فإنه لا يضمنه وان أتلفه بالسراية ، واذا أعتق نصيب شريكه لم يلزم شريكه الضمان لانه مباشر لسبب الاتلاف فلم يجب له ضمان ما تلف به ، كما لو قال له أجنبى اعتق عبدك فأعتقه والله أعلم

كتاب التدبير

ومعنى التدبير تعليق عتق عبده بموته ، والوفاة دبر الحياة ، يقال دابر الرجل يدابر مدابرة إذا مات ، فسمى العتق بعد الموت تدبيراً لأنه إعتاق فى دبر الحياة ، والأصل فيه السنة والإجماع .

أما السنة فما روى جابر أن رجلا أعتق مملوكا له عن دبر منه فاحتاج ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من يشتريه منى ؟ » فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها إليه وقال « أنت أحوج منه » متفق عليه

وأما الإجماع فقال ابن المنذر : أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن من دبر عبده أو أمته ولم يرجع عن ذلك حتى مات والمدبر يخرج من ثلث ماله بعد قضاء دين إن كان عليه وإنفاذ وصاياه إن كان وصى ، وكان السيد بالغاً جائز الامر أن الحرية تجب له أو لها .

« مسألة » قال (واذا قال لعبده أو أمته أنت مدبر أو قد دبرتك أو أنت حر بعد موتى فقد صار مدبراً)

وجملة ذلك أنه إذا علق صريح العتق بالموت فقال أنت حر أو محرر أو عتيق أو معتق بعد موتى صار مدبراً بلا خلاف نعلمه ؛ وأما ان قال أنت مدبر أو قد دبرتك فإنه يصير مدبراً بنفس اللفظ من غير افتقار إلى نية ؛ وهذا منصوص الشافعى .

وقال بعض أصحابه فيه قول آخر انه ليس بصريح فى التدبير ويفتقر إلى النية لأنهما لفظان لم يكثر استعمالهما فافتقرا الى النية كالكنايات .

ولنا أنهما لفظان وضعا لهذا العقد فلم يفتقر الى النية كالبيع ويفارق الكنايات فإنها غير موضوعة له ويشاركها فيه غيرها فافتقرت الى النية للتعيين ، ويرجح أحد المحتملين بخلاف الموضوع .

(فصل) ويعتق المدبر بعد الموت من ثلث المال فى قول أكثر أهل العلم . يروى ذلك عن على وابن عمر ، وبه قال شريح وابن سيرين والحسن وسعيد

ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز ومكحول والزهرى وقتادة وحماد ومالك وأهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأى . وروى عن ابن مسعود ومسروق ومجاهد والنخعى وسعيد بن جبير أنه يعتق من رأس المال لأنه عتق فينفذ من رأس المال كالعتق فى الصحة وعتق أم الولد

ولنا أنه تبرع بعد الموت فكان من الثلث كالوصية ، ويفارق العتق فى الصحة فإنه لم يتعلق به حق غير المعتق فينفذ فى الجميع كالهبة المنجزة .

وقد نقل حنبل عن أحمد انه يعتق من رأس المال وليس عليها عمل ، قال أبو بكر : هذا قول قديم رجع عنه أحمد الى ما نقله الجماعة .

(فصـــل)

وإن اجتمع العتق فى المرض والتدبير قدم العتق لأنه أسبق ، وان اجتمع التدبير والوصية بالعتق تساويا لأنهما جميعا عتق بعد الموت ، ويحتمل أن يقدم التدبير لأن الحرية تقع فيه عند الموت . والوصية تقف على الإعتاق بعده

(فصل) ويجوز التدبير مطلقا ومقيداً فالمطلق تعليق العتق بالموت من غير شرط آخر كقوله . أنت حر بعد موتى والمقيد ضربان . أحدهما : خاص نحو أن يقول : ان مت من مرضى هذا أو سفرى هذا أو فى بلدى هذا أو عامى هذا فأنت حر ، فهذا جائز على ما قال ان مات على الصفة التى شرطها عتق العبد والا لم يعتق

وقال مهنا : سألت أحمد عمن قال لعبده أنت حر مدبر اليوم ؟ قال يكون مدبراً ذلك اليوم فإن مات ذلك اليوم صار حراً يعنى اذا مات المولى .

الضرب الثانى : أن يعلق التدبير على صفة مثل أن يقول : ان دخلت الدار أو ان قدم زيد أو ان شفى الله مريضى فأنت حر مدبر أو فأنت حر بعد موتى فهذا لا يصير مدبراً فى الحال لأنه علق التدبير على شرط واذا وجد صار مدبراً وعتق بموت سيده ، وان لم يوجد الشرط فى حياة السيد ووجد بعد موته لم يعتق لأن اطلاق الشرط فى حياة السيد يقتضى وجوده فى الحياة بدليل ما لو علق عليه عتقاً منجزاً فقال اذا دخلت الدار فأنت حر فدخلها بعد موته لم يعتق، وكما لو قال لوكيله بع عبدى فمات الموكل قبل بيعه بطلت وكالته ، ولأن المدبر من علق عتقه بالموت وهذا قبل الموت لم يكن مدبر أو بعد الموت لا يمكن حدوث التدبير .

وان قال ان دخلت الدار بعد موتى فأنت حر فذكر أبو الخطاب فيها روايتين إحداهما : لا يعتق وهو قياس المنصوص عنه فى قوله أنت حر بعد موتى بيوم أو شهر فإنه قال لا يعتق لأنه علق العتق بصفة توجد فى ملك غيره فلم يعتق كما لو قال ان دخلت الدار بعد بيعى إياك فأنت حر ، ولأنه إعتاق له بعد قرار ملك غيره عليه فلم يعتق كالمنجز .

والثانيه : يعتق وهو الذى ذكره القاضى ، وهو مذهب الشافعى لأنه صرح بذلك فحمل عليه كما لو وصى بإعتاقه وكما لو وصى ببيع سلعة ويتصدق بثمنها ويفارق التصرف بعد البيع فإن الله تعالى جعل للانسان التصرف بعد موته فى ثلثه بخلاف ما بعد البيع والأول أصح ان شاء تعالى ويفارق الوصية بالعتق وبيع السلعة لأن الملك لا يستقر للورثة فيه ولا يملكون التصرف فيه بخلاف مسألتنا .

وقولهم : حصل له التصرف فى ثلثه . قلنا : إنما يتصرف فيه تصرفا يثبت عقيب موته ويمنع انتقاله الى الوارث وإن ثبت للوارث فهو ثبوت غير مستقر وقد قيل : يكون مراعى فإذا قبل الموصى له تبينا أن الملك كان له من حين الموت وان لم يقبل تبينا أنه كان للوارث فعلى قولنا لا يعتق بالدخول بعد الموت للوارث التصرف فيه كيف شاء ومن صحح هذا الشرط احتمل أن يمنع الوارث من التصرف فى رقبته لأنه يستحق العتق فأشبه الموصى بعتقه واحتمل أن لا يمنعه لأنه علق عتقه على صفة غير الموت فلم يمنع من التصرف فيه كما لو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر فأما كسبه قبل عتقه فهو للوارث لأن الملك فيه مستقر قبل وجود الشرط كما لو كان الوارث هو الذى علق عتقه .

(فصل)

فإن قال أنت حر بعد موتى بشهر أو قال بيوم فقال أحمد فى رواية مهنا لا يعتق ولا تصح هذه الصفة وقال أيضا : سألت أحمد عن رجل قال لعبده أنت حر بعد موتى بشهر بألف درهم فقال هذا كله لا يكون شيئا بعد موته ، وهذا اختيار أبى بكر .

وذكر القاضيان ابن أبى موسى وأبو يعلى فيها روايه أخرى أنه يعتق إذا وجدت الصفتان الموت ومضى المدة المذكورة وبهذا قال الثورى وأبو يوسف

وإسحاق ، ووجه الروايتين ما تقدم ، وقال أصحاب الرأى : لا يعتق حتى يعتقه الوارث وعلى قول من قال يعتق يكون قبل الموت ملكا للوارث وكسبه له كأم الولد والمدبر فى حياة السيد ، وان كان أمة فولدت قبل وجود الصفة فولدها يتبعها فى التدبير ويعتق بوجود الصفة كما تعتق هى .

(فصـــل)

إذا قال لعبـــده إذا قرأت القرآن فأنت حر بعد موتى فقرأ القرآن جميعه صار مدبراً وان قرأ بعضه لم يصر مدبراً ، وان قال إذا قرأت قرآنا فأنت حر بعد موتى فقرأ بعض القرآن صار مدبرا لأنه فى الأولى عرفه بالألف واللام المقتضية للاستغراق فعاد الى جميعه ، وههنا نكره فاقتضى بعضه ، فإن قيل : فقد قال الله تعالى (فإذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم) وقال (وإذا قرأت القرآن جعلنا بينك وبين الذين لا يؤمنون بالآخرة حجابا مستورا) ولم يرد جميعه ، قلنا : قضية اللفظ تتناول جميعه لان الألف واللام للاستغراق وإنما حمل على بعضه بدليل فلا يحمل على البعض فى غير ذلك الموضع بغير دليل ولأن قرينة الحال تقتضى قراءة جميعه لان الظاهر أنه أراد ترغيبه فى قراءة القرآن بتعليق الحرية به ومجازاته على قراءته بالحرية والظاهر أنه لا يجازى بهذا الأمر الكثير ولا يرغب به إلا فيما يشق . أما قراءته آيه أو آيتين فلا .

(فصل) فإن قال لعبده إن شئت فأنت حر بعد موتى أو إذا شئت أو متى شئت أو أى وقت شئت فأنت حر بعد موتى فهو تدبير بصفة فمتى شاء فى حياة سيده صار مدبرا يعتق بموت سيده كما لو قال ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتى فدخلها فى حياته وان مات السيد قبل مشيئته بطلت الصفة كما لو مات فى المسألة الأخرى قبل دخول الدار .

وان قال متى شئت بعد موتى فأنت حر أو أى وقت شئت بعد موتى فأنت حر فهذا تعليق للعتق على صفة بعد الموت وقد ذكرنا أنه لا يصح وان قول القاضى صحته ، فعلى قوله يكون ذلك على التراخى فمتى شاء بعد موت سيده عتق وما كان له من كسب قبل مشيئته فهو لورثة سيده لأنه عبد قبل ذلك بخلاف الموصى به فإن فى كسبه قبل القبول وجهين .

أحدهما : أنه يكون للموصى له لأننا تبينا أنه ملكه من حين الموت وههنا لا يثبت الملك قبل المشيئة وجهاً واحداً لأنه عتق معلق على شرط فلا يثبت العتق قبل الشرط وجها واحدا ، وذكر القاضي في قوله إذا شئت أو ان شئت فأنت حر بعد موتي أنه على الفور فإن شاء في المجلس صار مدبرا وإن تراخت المشيئة عن المجلس بطلت ولم يصر مدبرا بالمشيئة بعده بناء على قوله : اختاري نفسك فإن الاختيار يقف على المجلس وهذا في معناه .

وإن قال ان شئت بعد موتي أو إذا شئت بعد موتي فأنت حر كان على الفور أيضا فمتى شاء عقيب موت سيده أو في المجلس صار حرا وان تراخت مشيئته عن المجلس لم تثبت فيه حرية ، وقد ذكر في الطلاق أنه إذا قال أنت طالق ان شئت وشاء أبوك فشاءا معا وقع الطلاق سواء شاءا على الفور أو التراخي ، أو شاء أحـــدهما على الفور والآخر على التراخي وهذا مثله فيخرج في كل مسألة مثل ما ذكر في الأخرى .

(فصـــل)

إذا قال لعبده إذا مت فأنت حر أو لا ؟ أو قال فأنت حر ؟ أو لست بحر ؟ لم يصر مدبرا لأنه استفهام ولم يقطع بالعتق فأشبه ما لو قال لزوجته أنت طالق أو لا ؟ وقد ذكرنا ذلك في الطلاق

(فصل) واذا دبر أحد الشريكين نصيبه لم يسر التدبير الى نصيب شريكه موسرا كان أو معسرا ، وذكر أبو الخطاب وجها أنه يسري تدبيره إذا كان موسرا ويقوم عليه نصيب شريكه وهو قول أبي حنيفة لأنه استحق العتق بموت سيده فسرى ذلك فيه كالاستيلاد وللشافعي قولان كالمذهبين .

ولنا أنه تعليق للعتق بصفة فلم يسر كتعليقه بدخول الدار ويفارق الاستيلاد فإنه آكد ولهذا يعتق من جميع المال ولو قتلت سيدها لم يبطل حكم استيلادها ولا يجوز بيعها ، والمدبر بخلاف ذلك فعلى هذا إذا مات المدبر عتق نصيبه ان خرج من الثلث وهل يسري الى نصيب شريكه ان كان موسرا ؟ فيه روايتان ذكرهما الخرقي في غير هذا الموضع وان أعتق الشريك نصيبه قبل موت المدبر وهو موسر عتق وسري الى نصيب المدبر .

وذكر القاضي وأبو الخطاب فيها وجهين وللشافعي فيها قولان . أحدهما : كقولنا . والثاني : لا يسري عتقه ، وهو قول أبي حنيفة لأن المدبر قد استحق الولاء على العبد بموته فلم يكن للآخر إبطاله .

ولنا قوله عليه السلام « من أعتق شركا له في عبد فكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم وإلا فقد عتق منه ما عتق » ، ولأنه اذا سرى الى ابطال الملك الذي هو آكد من الولاء فالولاء أولى ، وما ذكروه لا أصل له ويبطل بما اذا علق عتق نصيبه بصفة .

فصل

وان دبر كل واحد منهما نصيبه فمات أحدهما عتق نصيبه وبقي نصيب الآخر على التدبير ان لم يف ثلثه بقيمة حصة شريكه وان كان يفي به فهل يسري العتق اليه ؟ على روايتين .

وان قال كل واحد منهما اذا متنا فأنت حر فقال أبو بكر قال أحمد اذا مات أحدهما فنصيبه حر وظاهر هذا أن أحمد جعل هذا اللفظ تدبيرا من كل واحد منهما لنصيبه ومعناه اذا مات كل واحد منا فنصيبه حر فانه قابل الجملة بالجملة فيصرف الى مقابلة البعض بالبعض كقوله ركب الناس دوابهم ولبسوا ثيابهم وأخذوا رماحهم يريد لبس كل انسان ثوبه وركب دابته وأخذ رمحه ، وكذلك ان قال أعتقوا عبيدهم كان معناه أعتق كل واحد عبده .

وقال القاضي هذا تعليق للحرية بموتهما جميعا وانما قال أحمد يعتق نصيبه بناء على أن وجود بعض الصفة يقوم مقام جميعها ولا يصح هذا لأنه لو كانت هذه العلة لعتق العبد كله لوجود بعض صفة كل واحد منهما ولأننا قد أبطلنا هذا القول بما ذكرنا من قبل ومقتضى قول القاضي أن لا يعتق شيء منه قبل موتهما جميعا ، وان قال كل واحد منهما أردت أن العبد حر بعد آخرنا موتا انبنى هذا على تعليق الحرية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا الخلاف في ذلك ، فإن قلنا بجواز ذلك عتق بعد موت الآخر منهما عليهما جميعا ، وان قلنا لا يصح ذلك عتق نصيب الآخر منهما بالتدبير وفي سرايته الى باقيه ان كان ثلثه يحتمل ذلك روايتان .

وان قال كل واحد منهما اذا مت قبل شريكي فنصيبي له فاذا مات فهو حر وان مت بعده فنصيبي حر فقد وصى كل واحد منهما للآخر فاذا مات أحدهما صار العبد كله للآخر فاذا مات عتق كله عليه وصار ولاؤه كله له ان قلنا لا يصح تعليق العتق على صفة بعد الموت ، وان قلنا يصح عتق عليهما وولاؤه بينهما .

« مسالة » قال (وله بيعه فى الدين)

ظاهر كلام الخرقى أنه لا يباع فى الدين وقد أومأ اليه أحمد ، وقال مالك لا يباع الا فى دين يغلب رقبة العبد فاذا كان العبد يساوى ألفا فكان عليه خمسمائة لم يبع العبد ، وروى عن أحمد أنه قال أنا أرى بيع المدبر فى الدين ، واذا كان فقيرا لا يملك شيئا رأيت أن أبيعه لأن النبى صلى الله عليه وسلم قد باع المدبر لما علم أن صاحبه لا يملك شيئا غيره ، باعه النبى صلى الله عليه وسلم لما علم حاجته وهذا قول اسحاق وأبى أيوب وأبى خيثمة وقالا ان باعه من غير حاجة أجزناه ونقل جماعة عن أحمد جواز بيع المدبر مطلقا فى الدين وغيره مع الحاجة وعدمها ، قال اسماعيل بن سعيد سألت أحمد عن بيع المدبر اذا كان بالرجل حاجه الى ثمنه قال له أن يبيعه محتاجا كان الى ذلك أو غير محتاج وهذا هو الصحيح :

وروى مثل هذا عن عائشة وعمر بن عبد العزيز وطاوس ومجاهد وهو قول الشافعى وكره بيعه ابن عمر وسعيد بن المسيب والشعبى والنخعى وابن سيرين والزهرى والثورى والأوزاعى والحسن بن صالح وأصحاب الرأى ومالك لأن ابن عمر رضى الله عنهما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « لا يباع المدبر ولا يشترى » ولانه استحق العتق بموت سيده أشبه أم الولد .

ولنا ما روى جابر رضى الله عنه « أن رجلا أعتق مملوكا له عن دبر فاحتاج فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من يشتريه منى ؟ فباعه من نعيم بن عبد الله بثمانمائة درهم فدفعها اليه وقال : أنت أحوج منه » متفق عليه .

قال جابر عبد قبطى مات عام أول فى امارة ابن الزبير ، وقال أبو اسحاق الجوزجانى صحت أحاديث بيع المدبر باستقامة الطرق ، والخبر اذا ثبت استغنى به عن غيره من رأى الناس ولأنه عتق بصفة ثبت بقول المعتق فلم يمنع البيع كما لو

قال إن دخلت الدار فأنت حر ولانه تبرع بمال بعد الموت فلم يمنع البيع فى الحياة كالوصية ، قال أحمد : يقولون من قال غلامى حر رأس الشهر فله بيعه قبل رأس الشهر ، وإن قال غداً فله بيعه اليوم ، وان قال اذا مت قال لا يبيعه فالموت أكثر من الاجل ، ليس هذا قياسا ان جاز أن يبيعه قبل رأس الشهر فله أن يبيعه قبل مجيء الموت ، وهم يقولون فيمن قال ان مت من مرضى هذا فعبدى حر ثم لم يمت من مرضه ذلك فليس بشيء . وان قال ان مت فهو حر لا يباع هذا متناقض انما أصله الوصية من الثلث فله أن يغير وصيته ما دام حيا .

فأما خبرهم فلم يصح عن النبي صلى الله عليه وسلم انما هو من قول ابن عمر . وقال الطحاوى هو عن ابن عمر وليس بمسند عن النبي صلى الله عليه وسلم ، ويحتمل أنه أراد بعد الموت أو على الاستحباب ، أما أم الولد فإن عتقها يثبت بغير اختيار سيدها وليس بتبرع ويكون من جميع المال ولا يمكن ابطاله بحال والتدبير بخلافه ، ووجه قول الخرقى أن النبي (ص) انما باع المدبر عند الحاجة فلا يتجاوز به موضع الحاجة .

« مسألة » قال «(ولا تباع المدبرة فى الدين الا فى احدى الروايتين عن أبي عبد الله رحمه الله ، والرواية الاخرى الامة كالعبد) »

لا نعلم هذا التفريق بين المدبرة والمدبر عن غير امامنا رحمه الله ، وانما احتاط فى رواية المنع من بيعها لأن فيه اباحة فرجها وتسليط مشتريها على وطئها مع وقوع الخلاف فى بيعها وحلها فكره الإقدام على ذلك مع الاختلاف فيه ، والظاهر أن هذا المنع منه كان على سبيل الورع لا على التحريم البات فإنه انما قال لا يعجبنى بيعها ، والصحيح جواز بيعها فإن عائشة باعت مدبرة لها سحرتها ، ولان المدبرة فى معنى المدبر فما ثبت فيه ثبت فيها .

« مسألة » قال (فإن اشتراه بعد ذلك رجع فى التدبير)

وجملة ذلك أن السيد اذا دبر عبده ثم باعه ثم اشتراه عاد تدبيره لانه علق عتقه بصفة فإذا باعه ثم اشتراه عادت الصفة . كما لو قال أنت حر ان دخلت الدار ثم باعه ثم اشتراه ، وذكر القاضى ان هذا مبني على أن التدبير تعليق بصفة

وفيه رواية أخرى أنه وصية فتبطل بالبيع ولا تعود ، لأنه لو وصى بشيء ثم باعه بطلت الوصية ولم تعد بشرائه ، ومذهب الشافعي مثل هذا ، إلا أن عود الصفة بعد الشراء له فيه قولان ، والصحيح ما قال الخرقي ، لأن التدبير وجد فيه التعليق بصفة فلا يزول حكم التعليق بوجود معنى الوصية فيه ، بل هو جامع للأمرين وغير ممتنع وجود الحكم بسببين فيثبت حكمها فيه .

« مسألة » قال (ولو دبره ثم قال قد رجعت في تدبيري أو قد أبطلته لم يبطل لأنه علق العتق بصفه في إحدى الروايتين والأخرى يبطل التدبير)

اختلفت الرواية عن أحمـد رحمه الله في بطلان التدبير بالرجوع فيه قولا فالصحيح أنه لا يبطل لأنه علق العتق بصفة فلا يبطل ، كما لو قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ، والثانية يبطل لأنه جعل له نفسه بعد موته فكان ذلك وصية فجاز الرجوع فيه بالقول كما لو وصى له بعبد آخر ، وهذا قول الشافعي القديم .

وقوله الجديد كالرواية الاولى وهو الصحيح لانه تعليق للعتق بصفة ولا يصح القول بأنه وصية به لنفسه لانه لا يملك نفسه وانما تحصل فيه الحرية ويسقط عنه الرق ، ولهذا لا تقف الحرية على قبوله ولا اختيـاره وتتنجز عقيب الموت كتنجزها عقيب سائر الشروط ولأنه غير ممتنع أن يجمع الامرين فثبت فيه حكم التعليق في امتناع الرجوع ويجتمعان في حصول العتق بالموت .

(فصـل)

إذا قال السيد لمدبره : إذا أديت الى ورثتي كذا فأنت حر فهو رجوع عن التدبير ، وينبني على الروايتين ان قلنا له الرجوع بالقول فظاهره أنه بطل التدبير ههنا ، وان قلنا ليس له الرجوع لم يؤثر القول شيئا ، وإن دبره كله ثم رجع في نصفه صح اذا قلنا له الرجوع في جميعه ، لانه لما صح أن يدبر نصفه ابتداء صح أن يرجع في تدبير نصفه وان غير التـدبير فكان مطلقا فجعله مقيداً صار مقيداً ان قلنا بصحة الرجوع في التدبير والا فلا ، وان كان مقيداً فأطلقه صح على كل حال لانه زيادة فلا يمنع منها. واذا دبر الاخرس وكانت اشارته أو كتابته معلومة

صح تدبيره ، ويصح رجوعه ان قلنا بصحة الرجوع فى التدبير ، لأن اشـارته وكتابته تقوم مقام نطق الناطق فى أحكامه ، وان دبر وهو ناطق ثم صار أخرس صح رجوعه بإشارته المعلومة أو كتابته ، وان لم تفهم اشارته فلا عبرة بها لأنه لا يعلم رجوعه .

(فصل) واذا رهن المدبر لم يبطل تدبيره لانه تعليق للعتق بصفة فإن مات السيد وهو رهن عتق وأخذ من تركة سيده قيمته فتكون رهنا مكانه لأن عتقه بسبب من جهة سيده فأشبه ما لو باشره بالعتق ناجزاً .

(فصل) وان ارتد المدبر ولحق بدار الحرب لم يبطل تدبيره لان ملك سيده باق عليه ويصح تصرفه فيه بالعتق والهبة والبيع ان كان مقدورا عليه ، فإن سباه المسلمون لم يملكوه لانه مملوك لمعصوم ويرد الى سيده ان علم به قبل قسمه ويستتاب فإن تاب والا قتل ، وان لم يعلم به حتى قسم لم يرد الى سيده فى احدى الروايتين .

والاخرى ان اختار سيده أخذه بالثمن الذى حسب به على آخذه أخذه ، وان لم يختر أخذه بطل تدبيره ، ومتى عاد الى سيده بوجه من الوجوه عاد تدبيره ، وان لم يعد الى سيده بطل تدبيره كما لو بيع وكان رقيقا لمن هو فى يده ، وان مات سيده قبل سبيه عتق ، فإن سبى بعد هذا لم يرد الى ورثة سيده لان ملكه زال عنه بحريته فصار كأحرار دار الحرب ولكن يستتاب فإن تاب وأسلم صار رقيقا يقسم بين الغانمين ، وان لم يتب قتل ولم يجز استرقاقه لانه لا يجوز اقراره على كفره . وقال القاضى : لا يجوز استرقاقه اذا أسلم ، وهو قول الشافعى ، لان فى استرقاقه ابطال ولاء المسلم الذى أعتقه

ولنا أن هذا لا يمنع قتله واذهاب نفسه وولائه ، فلأن لا يمنع تملكه أولى ، ولان المملوك الذى لم يعتقه سيده يثبت الملك فيه للغانمين اذا لم يعرف مالكه بعينه ، ويثبت فيه اذا قسم قبل العلم بمالكه ، والملك آكد من الولاء ، فلأن يثبت مع الولاء وحده أولى .

فعلى هذا لو كان المدبر ذميا فلحق بدار الحرب ثم مات سيده أو أعتقه ثم

قدر عليه المسلمون فسبوه ملكوه وقسموه . وعلى قول القاضي ومذهب الشافعي لا يملكونه ، فإن كان سيده ذمياً جاز استرقاقه في قول القاضي، ولأصحاب الشافعي في استرقاقه وجهان:

أحدهما يجوز ، وهذا حجة عليهم لأن عصمة مال الذمي كعصمة مال المسلم بدليل قطع سارقه ، سواء كان مسلما أو ذميا ووجوب ضمانه وتحريم تملك ماله إذا أخذه الكفار ثم قدر عليه المسلمون فأدركه صاحبه قبل القسمة

وقال القاضي : الفرق بينهما أن سيده ههنا لو لحق بدار الحرب جاز تملكه فجاز تملك عتقه بخلاف المسلم ، قلنا إنما جاز استرقاق سيده لزوال عصمته وذهاب عاصمه وهو ذمته وعهده ، وأما إذا ارتد مدبره فإن عصمة ولائه ثابتة بعصمة من له ولاؤه وهو والمسلم في ذلك سواء ، فإذا جاز إبطال ولاء أحدهما جاز في الآخر مثله .

(فصل) فإن ارتد سيد المدبر فذكر القاضي أن المذهب انه يكون موقوفا فإن عاد إلى الاسلام فالتدبير باق بحاله لأنا تبينا أن ملكه لم يزل ، وان قتل أو مات على ردته لم يعتق المدبر لأنا تبينا أن ملكه زال بردته

وقال أبو بكر . قياس قول أبي عبد الله أن تدبيره يبطل بالردة فإن عاد الى الاسلام استأنف التدبير . وقال الشافعي : التدبير باق ويعتق بموت سيده لأن تدبيره سبق ردته فهو كبيعه وهبته قبل ارتداده ، وهذا ينبني على القول في مال المرتد هل هو باق على ملكه أو قد زال بردته ؟ وقد ذكر في باب المرتد ، فأما إن دبر في حال ردته فتدبيره مراعى ، فإن عاد الى الاسلام تبينا أن تدبيره وقع صحيحا وان قتل أو مات على ردته تبينا أنه وقع باطلا ولم يعتق المدبر

وقال ابن أبي موسى تدبيره باطل ، وهذا قول أبي بكر لأن الملك عنده يزول بالردة واذا أسلم رد اليه تملكا مستأنفاً .

« مسألة » قال (وما ولدت المدبرة بعد تدبيرها فولدها بمنزلتها)

وجملته أن الولد الحادث من المدبرة بعد تدبيرها لا يخلو من حالين . أحدهما ن يكون موجوداً حال تدبيرها ، ويعلم ذلك بأن تأتي به لأقل من ستة أشهر من

حين التدبير فهذا يدخل معها فى التدبير بلا خلاف نعلمه لأنه بمنزلة عضو من أعضائها فإن بطل التدبير فى الأم لبيع أو موت أو رجوع بالقول لم يبطل فى الولد لأنه ثبت فيه أصلا .

الحال الثانى : أن تحمل به بعد التدبير فهذا يتبع أمه فى التدبير ويكون حكمه كحكمها فى العتق بموت سيدها فى قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن ابن مسعود وابن عمر ، وبه قال سعيد بن المسيب والحسن والقاسم ومجاهد والشعبى والنخعى وعمر بن عبد العزيز والزهرى ومالك والثورى والحسن بن صالح وأصحاب الرأى .

وذكر القاضى أن حنبلا نقل عن أحمد أن ولد المدبرة عبد اذا لم يشرط المولى قال فظاهر هذا أنه لا يتبعها ولا يعتق بموت سيدها ، وهذا قول جابر بن زيد وعطاء ، وللشافعى قولان كالمذهبين . أحدهما لا يتبعها وهو اختيار المزنى لان عتقها معلق بصفة تثبت بقول المعتق وحده فأشبهت من علق عتقها بدخول الدار قال جابر بن زيد انما هو بمنزلة الحائط تصدقت به اذا مت فان ثمرته لك ما عشت ولان التدبير وصية وولد الموصى بها قبل الموت لسيدها

ولنا ما روى عن عمر وابن عمر وجابر أنهم قالوا : ولد المدبرة بمنزلتها ، ولم نعرف لهم فى الصحابة مخالفا فكان اجماعا ، ولأن الام استحقت الحرية بموت سيدها فيتبعها ولدها كأم الولد ، ويفارق التعليق بصفة فى الحياة والوصية من جهة أن التدبير آكد من كل واحد منهما لانه اجتمع فيه الامران ، وما وجد فيه سببان آكد مما وجد فيه أحدهما ، وكذلك لا تبطل بالموت ولا بالرجوع عنه ، فعلى هذا ان بطل التدبير فى الام لمعنى اختص بها من بيع أو موت أو رجوع لم يبطل فى ولدها ويعتق بموت سيدها كما لو كانت أمه باقية على التدبير فان لم يتسع الثلث لهما جميعا أقرع بينهما فأيهما وقعت القرعة عليه عتق ان احتمله الثلث والا عتق منه بقدر الثلث ، وان فضل من الثلث بعد عتقه شيء كمل من الآخر كما لو دبر عبداً وأمة معا ، وأما الولد الذى وجد قبل التدبير فلا نعلم خلافا فى أنه لا يتبعها لانه لا يتبع فى العتق المنجز ولا فى حكم الاستيلاد ولا فى الكتابة فلأن لا يتبع فى التدبير أولى ، قال الميمونى قلت لاحمد ما كان من ولد المدبرة قبل أن تدبر يتبعها

قال لا يتبعها من ولدها ما كان قبل ذلك إنما يتبعها ما كان بعد ما دبرت .

وقال حنبل : سمعت عمي يقول في الرجل يدبر الجارية ولها ولد ؟ قال ولدها معها ، وجعل أبو الخطاب هذه رواية في أن ولدها قبل التدبير يتبعها ، وهذا بعيد والظاهر أن أحمد لم يرد أن ولدها قبل التدبير معها ، وإنما أراد ولدها بعد التدبير على ما صرح به في غير هذه الرواية ، فإن ولدها الموجود لا يتبعها في عتق ولا كتابة ولا استيلاد ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الأسباب الناقلة للملك في الرقبة .

(فصل)

فإن علق عتق أمته بصفة ، نظرنا فان كانت حاملا حين التعليق تبعها فيه ، لأنه كعضو من أعضائها ، وان كانت حاملا حين وجود الصفة عتق معها لذلك ، وان حملت بعد التعليق وولدت قبل وجود الصفة ، لم يتبعها في الصفة ولم يعتق بوجودها وفيه وجه آخر : أنه يعتق بها ويتبع أمه في ذلك ، ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ؛ ووجه اتباعه إياها أنها استحقت الحرية فتبعها ولدها كالمدبرة .

ولنا أنه يملكها ملكا كاملا ويباح له التصرف في رقبتها بأنواع التصرفات بغير خلاف فلم يعتق ولدها بعتقها كالموصى بعتقها أو الموكل فيه ، وتفارق المدبرة فان التدبير آكد لما ذكرنا ، ولهذا اختلف في جواز بيعها والتصرف فيها .

(فصل) فأما ولد المدبر ، فحكمه حكم أمه لا نعلم فيه خلافا ، وهذا قول ابن عمر وعطاء والزهري والاوزاعي والليث ، وذلك لأن الولد يتبع الأم في الرق والحرية وان تسرى باذن سيده فولد له أولاد ، فروى عن أحمد أنهم يتبعونه في التدبير .

وروى ذلك عن مالك ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي ، لأن إباحة التسرى تنبني على ثبوت الملك ، وولد الحر من أمته يتبعه في الحرية دونها ، كذلك ولد المدبر من أمته يتبعه دونها ، ولأنه ولد من يستحق الحرية من أمته فيتبعه في ذلك كولد المكاتب من أمته .

(فصل) وإذا ولدت المدبرة فرجع في تدبيرها وقلنا بصحة الرجوع ،

لم يتبعها ولدها لان الولد المنفصل لا يتبع فى الحرية ولا فى التدبير ففى الرجوع أولى ، وان رجع فى تدبيره وحده جاز ، لأنه إذا جاز الرجوع فى الام المباشرة بالتدبير ، ففى غيرها أولى ، وان رجع فى تدبيرها جاز ، كما لو دبرها وابنها المنفصل وان دبرها حاملا ثم رجع فى تدبيرها حال حملها : لم يتبعها الولد فى الرجوع ، لان التدبير إعتاق ، والإعتاق مبنى على التغليب والسراية والرجوع عنه بعكس ذلك فلم يتبع الولد فيه ، وهذا كما لو ولد له توأمان فأقر بأحدهما لزماه جميعاً ، وان نفى أحدهما لم ينتف الاخر ، وان رجع فيهما جميعا جاز ، وان رجع فى أحدهما دون الاخر جاز .

وإن دبر الولد دون أمه أو الأم دون ولدها جاز ، لانه يجوز أن يعتق كل واحد منهما دون صاحبه ، فجواز أن يدبر أحدهما دون صاحبه أولى ، ولانه تعليق للعتق بصفة ، فجاز فى أحدهما دون الاخر ، كالتعليق بدخول الدار ، وان دبر أمته . ثم قال : ان دخلت الدار فقد رجعت فى تدبيرى لم يصح ، لأن الرجوع لا يصح تعليقه بصفة ، وان قال : كلما ولدت ولداً فقد رجعت فى تدبيره لم يصح لذلك .

(فصل) وإذا اختلفت المدبرة وورثة سيدها فى ولدها فقالت ولدتهم بعد تدبيرى فعتقوا معى : وقال الورثة بل ولدتهم قبل تدبيرك فهم مملوكون لنا ، فالقول قول الورثة مع أيمانهم ، لان الاصل بقاء رقهم وانتفاء الحرية عنهم ، فاذا لم تكن بينة ، فالقول قول من يوافق قوله الأصل .

(فصل) وكسب المدبر فى حياة سيده لسيده وله أخذه منه ، لأن التدبير لا يخرج عن شبهه بالوصية بالعتق أو بالتعليق له على صفة أو بالاستيلاد ، وكل هؤلاء كسبهم لسيدهم فكذلك المدبر ، فان اختلف هو وورثة سيده فيما فى يده بعد عتقه ، فقال : كسبته بعد حريتى ، وقالوا : بل قبل ذلك ، فالقول قوله ، لانه فى يده ولم يثبت ملكهم عليه بخلاف الولد فانه كان رقيقا لهم ، فان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه قدمت بينة الورثة عند من يقدم بينه الخارج ، وبينة المدبر عند من يقدم بينة الداخل .

وان أقر المدبر أن ذلك كان فى يده فى حياة سيده ثم تجدد ملكه عليه بعد موته ، فالقول قول الوارث ، لأن الأصل معهم ، فإن أقام المدبر بينة بدعواه قبلت وتقدم على بينة الورثة إن كانت لهم بينة ، لأن بينة المدبر تشهد بزيادة وان لم يقر المدبر بأنه كان فى يده فى حياة سيده فأقام الورثة بينة به ، فهل تسمع بينتهم ؟ على وجهين .

« مسألة » قال (وله إصابة مدبرته)

يعنى له وطؤها ، روى عن ابن عمر أنه دبر أمتين ، وكان يطؤهما ، وممن رأى ذلك ابن عباس وسعيد بن المسيب وعطاء والثورى والنخعى ومالك والاوزاعى والليث والشافعى ، قال أحمد : لا أعلم أحداً كره ذلك غير الزهرى ، وحكى عن الأوزاعى أنه كان يقول : ان كان يطؤها قبل تدبيرها فلا بأس بوطئها بعده ، وان كان لا يطؤها قبله لم يطأها بعد تدبيرها .

ولنا : أنها مملوكته لم تشتر نفسها منه فحل له وطؤها ، لقول الله تعالى (أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين) وكأم الولد .

(فصل) وابنة المدبرة كأمها فى حل وطئها ان لم يكن وطىء أمها وعنه ليس له وطؤها لأن حق الحرية ثبت لها تبعا أشبه ولد المكاتبة .

ولنا أن ملك سيدها تام عليها فحل له وطؤها للآية وكأمها واستحقاقها للحرية لا يزيد على استحقاق أمها ولم يمنع ذلك وطأها ، وأما ولد المكاتبة فألحقت بأمها وأمها يحرم وطؤها فكذلك ابنتها وأم هذه يحل وطؤها فيجب إلحاقها بها وكلام أحمد محمول على أنه وطىء أمها فحرمت عليه لذلك .

« مسألة » قال (ومن أنكر التدبير لم يحكم عليه إلا بشاهدين عدلين أو شاهد ويمين العبد)

وجملته : أن العبد إذا ادعى على سيده أنه دبره فدعواه صحيحه لأنه يدعى استحقاق العتق ويحتمل أن لا تصح الدعوى لأن السيد إذا أنكر التدبير كان بمنزلة إنكار الوصية وإنكار الوصية رجوع عنها فى أحد الوجهين فيكون إنكار

التدبير رجوعا عنه والرجوع عنه يبطله فى أحد الوجهين فتبطل الدعوى والصحيح أن الدعوى صحيحة لان الصحيح أن الرجوع عن التدبير لا يبطله ولو أبطله فما ثبت كون الإنكار رجوعا ولو ثبت ذلك فلا يتعين الإنكار جوابا للدعوى فانه يجوز أن يكون جوابها إقراراً .

فإذا ثبت هذا : فإن السيد إن أقر فلا كلام وان أنكر ولم تكن للعبد بينة فالقول قول المنكر مع يمينه ، لان الاصل عدمه ، وان كانت للعبد بينة حكم بها ويقبل فيه شاهدان عدلان بلا خلاف ، وان لم يكن له إلا شاهد واحد ، وقال : أنا أحلف معه ، أو شاهد وامرأتان ففيه روايتان .

إحداهما . لا يحكم به ، وهو مذهب الشافعى ، لأن الثابت به الحرية ، وكمال الاحكام ، وهذا ليس بمال ولا المقصود منه المال ، ويطلع عليه الرجال فى غالب الاحوال فأشبه النكاح والطلاق .

والثانية : يثبت بذلك لانه لفظ يزول به ملكه عن مملوكه فأشبه البيع وهذا أجود ، لان البينة انما تراد لاثبات الحكم على المشهود عليه : وهى فى حقه ازالة ملكه عن ماله ، فثبت بهذا ، وان حصل به غرض آخر المشهود له فلا يمنع ذلك من ثبوته بهذه البينة ، ولان العتق مما يتشوف اليه ويبنى على التغليب والسراية فينبغى أن يسهل طريق اثباته ، وان كان الاختلاف بين العبيد وورثة السيد بعد موته فهو كما لو كان الخلاف مع السيد الا أن الدعوى صحيحة بغير خلاف ، لانهم لايملكون الرجوع وأيمانهم على نفى العلم لان الخلاف فى فعل موروثهم وأيمانهم على نفى فعله ، وتجب اليمين على كل واحد من الورثة ، ومن نكل منهم عتق نصيبه ولم يسر الى باقيه ، وكذلك ان أقر لان اعتاقه بفعل الموروث لا بفعل المقر ولا الناكل .

« مسألة » قال (واذا دبر عبده ومات وله مال غائب أو دين فى ذمة موسر أو معسر عتق من المدبر ثلثه وكلما اقتضى من دينه شيء أو حضر من ماله الغائب شيء عتق من المدبر مقدار ثلثه كذلك من يعتق الثلث حتى كله)

وجملة ذلك أن السيد اذا دبر عبده ومات وله مال سواه يفى بثلثى ماله الا أنه

غائب أو دين فى ذمة انسان لم يعتق جميع العبد لجواز أن يتلف الغائب أو يتعذر استيفاء الدين فيكون العبد جميع التركة وهو شريك الورثة فيها له ثلثها ولهم ثلثاها فلا يجوز أن يحصل على جميعها ولكنه يتنجز عتق ثلثه ويبقى ثلثاه موقوفين لان ثلثه حر على كل حال ، لان أسوأ الاحوال أن لا يحصل من سائر المال شيء فيكون العبد جميع التركة فيعتق ثلثه كما لو لم يكن له مال سواه وكلما اقتضى من الدين شيء ، أو حضر من الغائب شيء عتق من المدبر قدر ثلثه فإذا كانت قيمته مائة وقدم من الغائب مائه عتق ثلثه الثاني ، فإذا قدمت مائه أخرى عتق ثلثه الباقي وان بقى له دين بعد ذلك أو مال غائب لم يؤثر بقاؤه لان الحاصل من المال يخرج المدبر كله من ثلثه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي .

ولهم وجه آخر لا يعتق منه شيء حتى يستوفى من الدين شيء او يقدم من الغائب شيء فيعتق من العبد قدر نصفه لان الورثة لم يحصل لهم شيء والعبد شريكهم فلا يجوز ان يحصل على شيء مالم يحصل لهم مثلاه .

فإن تلف الغائب ويئس من استيفاء الدين عتق ثلثه حينئذ وملكوا ثلثيه لان العبد صار جميع التركة ، وهذا لا يصح لان ثلث العبد خارج من الثلث يقينا وانما الشك فى الزيادة عليه وما خرج من الثلث يقينا يجب ان يكون يقينا حراً لأن التدبير صحيح ولا خلاف فى انه ينفذ فى الثلث ووقف هذا الثلث عن العتق مع يقين حصول العتق فيه ووجود المقتضى له وعدم الفائدة فى وقفه لا معنى له ، وكون الورثه لم يحصل لهم شيء لمعنى اختص بهم لا يوجب ان لا يحصل له شيء مع عدم ذلك المعنى فيه ، ألا ترى انه لو ابرأ غريمه من دينه وهو جميع التركة فإنه يبرأ من ثلثه ولم يحصل للورثة شيء ؟ ولو كان الدين مؤجلا فأبرأه منه برىء من ثلثه فى الحال وتأخر استيفاء الثلثين الى الاجل ، ولو كان الغريم معسراً برىء من ثلثه فى الحال وتأخر الباقى الى الميسرة ولان تأخير عتق الثلث لا فائدة للورثة فيه ويفوت نفعه للمدبر فينبغى ان لا يثبت .

فإذا ثبت هذا . فإن العبد اذا عتق كله بقدوم الغائب او استيفاء الدين تبينا انه كان حراً حين الموت فيكون كسبه له لانه انما عتق بالتدبير ووجود الشرط

الذى علق عليه السيد حريته وهو الموت وإنما وقفناه للشك فى خروجه من الثلث فإذا زال الشك تبينا أنه كان حاصلا قبل زوال الشك ، وإن تلف المال تبينا أنه كان ثلثاه رقيقا ولم يعتق منه سوى ثلثه ، وان تلف بعض المال رق من المدبر ما زاد على قدر ثلث الحاصل من المال .

(فصل) وان كان المدبر عبدين وله دين يخرجان من ثلث المال على تقدير حصوله أقرعنا بينهما فيعتق من تخرج له القرعة قدر ثلثهما وكان باقيه والعبد الآخر موقوفاً فإذا استوفى من الدين شيء كمل من عتق من وقعت له القرعة قدر ثلثه وما فضل عتق من الاخر كذلك حتى يعتقا جميعا أو مقدار الثلث منهما ، وان تعذر استيفاء الدين لم يرد العتق على قدر ثلثهما وان خرج الذى وقعت له القرعة مستحقا بطل العتق فيه وعتق من الاخر ثلثه .

فصل

وإذا دبر عبداً قيمته مائة وله مائة دينا عتق ثلثه ورق ثلثه ووقف ثلثة على استيفاء الثلث الباقى وإذا كانت له مائة حاضرة مع ذلك عتق من المدبر ثلثاه ووقف عتق ثلثه على استيفاء الدين .

(فصل) وإن دبر عبده وقيمته مائة وله ابنان وله مائتان دينا على أحدهما عتق من المدبر ثلثاه لأن حصة الذى عليه الدين منه كالمستوفى ويسقط عن الذى عليه الدين منه نصفه لأنه قدر حصته من الميراث ويبقى الاخر عليه مائة كلما استوفى منها شيئاً عتق قدر ثلثه وان كانت المائتان دينا على الابنين بالسوية عتق المدبر كله لأن كل واحد منهما عليه قدر حقه وقد حصل ذلك بسقوطه من ذمته

(فصـــل) فإن دبر عبداً قيمته مائة وخلف ابنين ومائتى درهم دينا له على أحدهما ووصى لرجل بثلث ماله عتق من المدبر ثلثه وسقط عن الغريم مائة وكان للوصى له سدس العبد وللابنين ثلثه ويبقى سدس العبد موقوفا لأن الحاصل من المال ثلثاه وهو العبد والمائة الساقطة عن الغريم وثلث ذلك مقسوم بين المدبر والوصى نصفين لحصة المدبر منه ثلثه يعتق فى الحال ويبقى له السدس موقوفا فكلما اقتضي من المائة الباقية شيء عتق من المدبر قدر سدسه ويكون المستوفى بين

الابنين والوصى أثلاثا فإذا استوفيت كلها حصل للابن ثلثاها وثلث العبد وهو قدر حقه وكمل فى المدبر عتق نصفه وحصل للوصى سدس العبد وثلث المائه وهو قدر حقه وان كان الدين على أجنبي لم يعتق من المدبر إلا سدسه لأن الحاصل من التركة هو العبد وثلثه بينه وبين الوصى الاخر وللوصى سدسه ولكل ابن سدسه ويبقى ثلثه موقوفا فكلما اقتضى من الدين شيء عتق من المدبر قدر سدسه وكان المستوفى بين الابنين والوصى أسداسا للوصى سدسه ولهما خمسة أسداسه فيحصل لكل واحد نصف المائه وثلثها وسدس العبد وهو قدر حقه ويحصل للوصى سدس المائتين وسدس العبد ، وهو قدر حقه ، ويعتق من المدبر نصفه وهو قدر حقه .

« مسأله » قال ﴿ واذا دبر قبل البلوغ كان تدبيره جائزاً إذا كان له عشر سنين فصاعدا وكان يعرف التدبير وما قلته فى الرجل فالمرأة مثله إذا كان لها تسع سنين فصاعدا ﴾

وجملته : أن تدبير الصبى المميز ووصيته جائزة وهذا إحدى الروايتين عن مالك وأحد قولى الشافعى قال بعض أصحابه هو أصح قوليه .

وروى ذلك عن عمر وشريح وعبد الله بن عتبه ، وقال الحسن وأبو حنيفه لايصح تدبيره كالمجنون وهو الروايه الثانيه عن مالك والقول الثانى للشافعى لأنه لا يصح إعتاقه فلم يصح تدبيره كالمجنون .

ولنا ما روى سعيد عن هشيم عن يحيى عن ابن سعيد عن أبى بكر بن محمد أن غلاما من الأنصار أوصى لأخوال له من غسان بأرض يقال لها بئر جشم قومت بثلاثين ألفا فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب فأجاز الوصيه ، قال يحيى بن سعيد : وكان الغلام ابن عشر سنين أو اثنتى عشرة سنه .

وروى أن قوما سألوا عمر رضى الله عنه عن غلام من غسان يافع وصى لبنت عمه فأجاز عمر وصيته ولم نعرف له مخالفا ولأن صحة وصيته وتدبيره أحظ له بيقين لأنه مادام باقيا لا يلزمه فإذا مات كان ذلك صلة وأجراً فصح كوصيه المحجور عليه لسفه ويخالف العتق لان فيه تفويت ماله عليه فى حياته ووقت حاجته ،

فأما تقييد من يصح تدبيره بمن له عشر فلقول النبي صلى الله عليه وسلم « اضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم فى المضاجع » وهو الذى ورد فيه الخبر عن عمر (رض) واعتبر المرأة بتسع لقول عائشة رضى الله عنها إذا بلغت الجارية تسع سنين فهى امرأة ويروى ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم مرفوعا ولأنه السن الذى يمكن بلوغها فيه ويتعلق به أحكام سوى ذلك .

{ فصـــل }

ويصح منه الرجوع ان قلنا بصحة الرجوع من المكلف لأن من صحت وصيته صح رجوعه كالمكلف ، وان أراد بيع المدبر قام وليه فى بيعه مقامه وان أذن له وليه فى بيعه فباعه صح منه .

(فصل) ويصح تدبير المحجور عليه لسفه ووصيته لما ذكرنا فى الصبى ولا تصح وصية المجنون ولا تدبيره لأنه لا يصح شىء من تصرفاته ، وان كان يجن يوما ويفيق يوما صح تدبيره فى إفاقته .

(فصل) ويصح تدبير الكافر ذميا كان أو حربيا فى دار الإســـلام ودار الحرب لأن له ملكا صحيحا فصح تصرفه فيه كالمسلم ، فإن قيل لو كان ملكه صحيحا لم يملك عليه بغير اختياره قلنا هذا لا ينافى الملك بدليل أنه يملك فى النكاح ويملك زوجته عليه بغير اختياره ومن عليه الدين اذا امتنع من قضائه أخذ من ماله بقدر ما عليه بغير اختياره وحكم تدبيره حكم تدبير المسلم على ما ذكرنا فإن أسلم مدبر الكافر أمر بإزالة ملكه عنه وأجبر عليه لئلا يبقى الكافر مالكا للمسلم كغير المدبر ، ويحتمل أن يترك فى يد عدل وينفق عليه من كسبه فإن لم يكن له كسب أجبر سيده على الإنفاق عليه .

وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى فى أحد قوليه بناء على أن بيع المدبر غير جائز ولأن فى بيعه إبطال سبب العتق وإزاله غرضيته فكان إبقاؤه أصلح فتعين كأم الولد ، فان قلنا : ببيعه فباعه بطل تدبيره .

وان قلنا يترك فى يد عدل فانه يستنيب من يتولى استعماله واستكسابه وينفق عليه من كسبه وما فضل فلسيده وان لم يف بنفقته فالباقى على سيده ، وان اتفق

هو وسيده على المخارجة جاز وينفق على نفسه مما فضل من كسبه فاذا مات سيده عتق ان خرج من الثلث وإلا عتق منه بقدر الثلث وبيع الباقى على الورثة ان كانوا كفاراً وان أسلموا بعد الموت ترك وان رجع سيده فى تدبيره وقلنا بصحة الرجوع بيع عليه وان كان المدبر كمستأمن وأراد أن يرجع به الى دار الحرب ولم يكن أسلم لم يمنع من ذلك ، وان كان قد أسـلم منع منه لأننا نحول بينه وبينه فى دار الإسلام فأولى أن يمنع من التمكن به فى دار الحرب .

« مسألة » قال (واذا قتل المدبر سيده بطل تدبيره)

إنما يبطل تدبيره بقتله سيده لمعنيين .

أحدهما : أنه قصد استعجال العتق بالقتل المحرم فعوقب بنقيض قصده وهو إبطال التدبير كمنع الميراث بقتل الموروث ولأن العتق فائدة تحصل بالموت فتنتفى بالقتل كالإرث والوصية .

والثانى : أن التدبير وصية فتبطل بالقتل كالوصية بالمال ولا يلزم على هذا عتق أم الولد لكونه آكد فانها صارت بالاستيلاد بحال لا يمكن نقل الملك فيها بحال ولذلك لم يجز بيعها ولا هبتها ولا رهنها ولا الرجوع عن ذلك بالقول ولا غيره والإرث نوع من النقل فلو لم تعتق بموت سيدها لانتقل الملك فيها الى الوارث ولا سبيل اليه بخلاف المدبر ولأن سبب حرية أم الولد الفعل والبعضية التى حصلت بينها وبين سيدها بواسطة ولدها وهذا آكد من القول ولهذا انعقد استيلاد المجنون ولم ينفذ إعتاقه ولا تدبيره وسرى حكم استيلاد المعسر الى نصيب شريكه بخلاف الإعتاق وعتقت من رأس المال والتدبير لا ينفذ الا فى الثلث ولا يملك الغرماء إبطال عتقها ، وان كان سيدها مفلسا بخلاف المدبر ولا يلزم من الحكم فى موضع تأكد الحكم فيما دونه كما لم يلزم إلحاقه به فى هذه المواضع التى افترقا فيها ، اذا ثبت هذا : فلا فرق بين كون القتل عمداً أو خطأ كما لا فرق بين ذلك فى حرمان الارث وابطال وصية القاتل .

(فصل) فأما سائر جناياته غير قتل سيده فلا تبطل تدبيره لكن ان كانت جناية موجبة للمال أو موجبة للقصاص فعفا الولي الي مال تعلق المال برقبته فإن

جوز بيعه جعل سيده بالخيار بين تسليمه فيباع فى الجناية وبين فدائه ، فإن سلمه فى الجناية فبيع فيها بطل تدبيره ، وان عاد الى سيده عاد تدبيره ، وان اختار فداءه وفداه بما يفدى به العبد فهو مدبر بحاله ، ومن لم يجز بيعه عين فداءه على سيده كأم الولد .

وان كانت الجناية موجبة للقصاص فاقتص منه فى النفس بطل تدبيره ، وان اقتص منه فى الطرف فهو مدبر بحاله ، واذا مات سيده بعد جنايته وقبل استيفائها عتق على كل حال ، سواء كانت موجبة للمال أو القصاص ، لأن صفة العتق وجدت فيه فأشبه ما لو باشره به ، فان كان الواجب قصاصا استوفى سواء كانت جنايته على عبد أو حر لأن القصاص قد استقر وجوبه عليه فى حال رقه فلا يسقط بحدوث الحرية فيه ، وان كان الواجب عليه مالا فى رقبته فدى بأقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، وان جنى على المدبر فأرش الجناية لسيده ، فان كانت الجناية على نفسه وجبت قيمته لسيده وبطل التدبير بهلا كه .

فان قيل : فهلا جعلتم قيمته قائمة مقامه كالعبد المرهون والموقوف إذا جنى عليه ؟ قلنا . الفرق بينهما من ثلاثه أوجه .

أحدها : أن كل واحد من الوقف والرهن لازم فتعلق الحق ببدله والتدبير غير لازم لأنه يمكن إبطاله بالبيع وغيره فلم يتعلق الحق ببدله .

الثانى : أن الحق فى التدبير المدبر فبطل حقه بفوات مستحقه والبدل لا يقوم مقامه فى الاستحقاق ، والحق فى الوقف للموقوف عليه وفى الرهن للمرتهن وهو باق فيثبت حقه فى بدل محل حقه .

الثالث : أن المدبر إنما ثبت حقه بوجود موت سيده فاذا هلك قبل سيده فقد هلك قبل ثبوت الحق له فلم يكن له بدل بخلاف الرهن والوقف فان الحق ثابت فيهما فقام بدلهما مقامهما ، وبين الرهن والمدبر فرق رابع وهو أن الواجب القيمة ولا يمكن وجود التدبير فيها ولا قيامها مقام المدبر فيه وان أخذ عبداً مكانه فليس هو البدل انما هو بدل القيمة بخلاف الرهن فان القيمه يجوز أن تكون رهنا .

فان قيل فهذا يلزم عليه الموقوف فانه اذا قتل أخذت قيمته فاشترى بها عبد يكون وقفا مكانه ، قلنا : قد حصل الفرق بين المدبر والرهن من الوجوه الثلاثة

وكونه لا يحصل الفرق بينه وبين الوقف من هذا الوجه لا يمنع أن يحصل الفرق بينه وبين الرهن به .

(فصـل) وإذا دبر السيد عبده ثم كاتبه جاز ، نص عليه أحمد ، وهذا قول ابن مسعود وأبي هريرة والحسن ، ولفظ حـديث أبي هريرة عن مجاهد قال : دبرت امرأة من قريش خادما لها ثم أرادت أن تكاتبه ، قال فكتبت الرسول الى أبي هريرة فقال كاتبيه فإن أدى كتابته فذاك وإن حـدث بك حدث عتق ، قال وأراه ، قال على ما كان عليه له ، ولان التدبير إن كان عتقا بصفة لم يمنع الكتابة كالذى علق عتقه بدخول الدار . وان كان وصية لم يمنعها كما لو وصى بعتقه ثم كاتبه ولأن التدبير والكتابة سببان للعتق فلم يمنع أحدهما الآخر كتدبير المكاتب

وذكر القاضي أن التدبير يبطل بالكتابة إذا قلنا هو وصية كما لو وصى به لرجل ثم كاتبه وهذا يخالف ظاهر كلام أحمد وهو غير صحيح فى نفسه ، ويفارق التدبير الوصية به لرجل ، لأن مقصود الكتابة والتدبير لا يتنافيان إذ كان المقصود منهما جميعا العتق فإذا اجتمعا كان آكد لحصوله ، فإنه إذا فات عتقه من أحدهما حصل بالآخر ، وأيهما وجد قبل صاحبه حصل العتق به ، ومقصود الوصية به والكتابة يتنافيان ، لان الكتابه تراد للعتق ، والوصية تراد لحصول الملك فيه للموصى له ولا يجتمعان .

إذا ثبت هذا فإنه ان أدى فى حياة السيد صار حراً بالكتابة وبطل التدبير ، وان مات السيد قبل الأداء عتق بالتدبير ان خرج من الثلث وبطلت الكتابة ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي ، فإن أدى البعض ثم مات سيده عتق كله وسقط باقي الكتابة ان خرج من الثلث . وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط مما بقي من الكتابة بقدر ثلث المال وأدى ما بقي

كتاب المكاتب

الكتابة اعتاق السيد عبده على مال فى ذمته يؤدى مؤجلا ، سميت كتابة لان السيد يكتب بينه وبينه كتاباً بما اتفقا عليه ، وقيل سميت كتابة من الكتب وهو الضم ، لان المكاتب يضم بعض النجوم الى بعض ، ومنه سمى الخرز كتابا لانه يضم أحد الطرفين إلى الآخر بخرزه ، وقال الحريرى :

وكاتبين وما خطت أناملهم　　حرفا ولا قرأوا ماخط فى الكتب

وقال ذو الرمة فى ذلك المعنى :

وفراء عرفته أثأى خوارزها　　مشلشل صنعته بينها الكتب

يصف قربة يسيل الماء من بين خرزها ، وسميت الكتيبة كتيبة لانضمام بعضها الى بعض ، والمكاتب يضم بعض نجومه الى بعض ، والنجوم ههنا الاوقات المختلفة لأن العرب كانت لا تعرف الحساب وانما تعرف الأوقات بطلوع النجوم كما قال بعضهم :

إذا سهيل أول الليل طلع　　فابن اللبون الحق والحق جذع

فسميت الاوقات نجوما ، والأصل فى الكتابة الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً)

وأما السنة فما روى سعيد عن سفيان عن الزهرى عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : اذا كان لاحدا كن مكاتب فملك ما يؤدى فلتحتجب منه » وروى سهل بن حنيف « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من أعان غارما أو غازيا أو مكاتبا فى كتابته أظله الله يوم لا ظل الا ظله » فى أحاديث كثيرة سواها ، وأجمعت الأمة على مشروعية الكتابة :

(فصل) اذا سأل العبد سيده مكاتبته استحب له اجابته اذا علم فيه خيراً ، ولم يجب ذلك فى ظاهر المذهب ، وهو قول عامة أهل العلم ، منهم الحسن والشعبى ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى . وعن أحمد أنها واجبة اذا دعا العبد المكتسب الصدوق سيده اليها فعليه اجابته . وهو قول عطاء والضحاك وعمرو

ابن دينار وداود . وقال إسحاق : أخشى أن يأثم إن لم يفعل ولا يجبر عليه ، ووجه ذلك قول الله تعالى (فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) وظاهر الأمر الوجوب ، وروى أن سيرين ـ أبا محمد بن سيرين ـ كان عبداً لأنس بن مالك فسأله أن يكاتبه فأبى فأخبر سيرين عمر بن الخطاب بذلك فرفع الدرة على أنس وقرأ عليه (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيراً) فكاتبه أنس .

ولنا أنه إعتاق بعوض فلم يجب كالاستسعاء ، والآية محمولة على الندب ، وقول عمر رضى الله يخالف فعل أنس ، ولا خلاف بينهم فى أن من لا خير فيه لا تجب إجابته قال أحمد : الخير صدق وصلاح ووفاء بمال الكتابة ، ونحو هذا قال إبراهيم وعمرو بن دينار وغيرهما ، وعبارتهم فى ذلك مختلفة . قال ابن عباس غنى وإعطاء المال . وقال مجاهد : غنى وأداء وقال النخعى صدق ووفاء . وقال عمرو بن دينار مال وصلاح ، وقال الشافعى قوة على الكسب وأمانة ، وهل تكره كتابة من لا كسب له أو لا ؟

قال القاضى : ظاهر كلام أحمد كراهيته ، وكان ابن عمر رضى الله عنه يكرهه وهو قول مسروق والاوزاعى ، وعن أحمد رواية أخرى انه لا يكره ولم يكرهه الشافعى وإسحاق وابن المنذر وطائفة من أهل العلم ، لأن جويرية بنت الحارث كاتبها ثابت بن قيس بن شماس الأنصارى ، فأتت النبى صلى الله عليه وسلم تستعينه فى كتابتها فأدى عنها كتابتها وتزوجها .

واحتج ابن المنذر بأن بريرة كاتبت ولا حرفة لها ، ولم ينكر ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ووجه الأول ما ذكرنا فى عتقه ؛ وينبغى أن ينظر فى المكاتب فإن كان ممن يتضرر بالكتابة ويضيع لعجزه عن الانفاق على نفسه ولا يجد من ينفق عليه كرهت كتابته ، وإن كان يجد من يكفيه مؤنته لم تكره كتابته لحصول النفع بالحرية من غير ضرر .

فأما جويرية فإنها كانت ذات أهل ومال وكانت ابنة سيد قومه فإذا عتقت رجعت الى أهلها ، فأخلف الله لها خيرا من أهلها ، فتزوجها رسول الله (ص)

وصارت إحدى أمهات المؤمنين وأعتق الناس ما كان بأيديهم من قومها حين بلغهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوجها ، وقالوا أصهار رسول الله (ص) ، فلم ير إمرأة أعظم بركة على قومها منها .

وأما بريرة فان كتابتها تدل على إباحة ذلك وأنه ليس بمنكر ولا خلاف فيه وإنما الخلاف فى كراهته ، وقال مسروق إذا سأل العبد مولاه المكاتبة فإن كان له مكسبة أو كان له مال فليكاتبه ، وان لم يكن له مال ولا مكسبة فليحسن ملكته ولا يكلفه إلا طاقته .

فصل

ولا تصح الكتابة الا ممن يصح تصرفه ، فأما المجنون والطفل فلا تصح مكاتبتهما لرقيقهما ولا مكاتبة سيدهما لهما ، وأما الصبي المميز فإن كاتب عبده بإذن وليه صح ، ويحتمل أن لا يصح بناء على قولنا انه لا يصح بيعه حتى يأذن وليه ولأن هذا عقد اعتاق فلم يصح منه كالعتق بغير مال ، فأما ان لم يأذن وليه فيه فلا يصح بحال ، وان كان المميز سيده صح . وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعى لا يصح فيهما جميعا بحال لأنه ليس بمكلف فأشبه المجنون .

ولنا أنه يصح تصرفه وبيعه بإذن وليه فصحت منه الكتابة بذلك كالمكلف ودليل صحة تصرفه قول الله تعالى (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح) والابتلاء الاختبار له بتفويض التصرف اليه ليعلم هل يقع منه على وجه المصلحة أولا ؟ وهل يغبن فى بيعه وشرائه أو لا ؟ وايجاب السيد لعبده المميز المكاتبة اذن له فى قبولها . اذا ثبت هذا : فان كان السيد المكاتب طفلا أو مجنونا فلا حكم لتصرفه ولا قوله وان كاتب المكلف عبده الطفل أو المجنون لم يثبت لهذا التصرف حكم الكتابة الصحيحة ولا الفاسدة لأنه لا حكم لقولهما ولكن ان قال ان أديتما الى فأنتما حران فأديا عتق بالصفة لا بالكتابة وما فى أيديهما لسيدهما وان لم يقل ذلك لم يعتقا ذكره أبو بكر ، وقال القاضى : يعتقان ، وهو مذهب الشافعى لأن الكتابة تتضمن معنى الصفة فيحصل العتق ههنا بالصفة المحضة كما لو قال : ان أديت الى فأنت حر .

ولنا : أنه ليس بصفة صريحا ولا معنى وانما هو عقد باطل فأشبه البيع الباطل

(فصل) وإذا كاتب الذمي عبده المسلم صح لأنه عقد معاوضة أو عتق بصفة وكلاهما يصح منه وإذا ترافعا الى الحاكم بعد الكتابة نظر فى العقد فان كان موافقاً للشرع أمضاه سواء ترافعا قبل إسلامهما أو بعده وان كاتب كتابة فاسدة مثل أن يكون العوض خمراً أو خنزيراً أو غير ذلك من أنواع الفساد ففيه ثلاث مسائل

أحدها : أن يكونا قد تقابضا حال الكفر فتكون الكتابة ماضية والعتق حاصل لأن ماتم فى حال الكفر لا ينقضه الحاكم ويحكم بالعتق سواء ترافعا قبل الإسلام أو بعده .

الثانية : تقابضا بعد الاسلام ثم ترافعا الى الحاكم فانه يعتق أيضا لأن هذه كتابة فاسدة ويكون حكمها حكم الكتابة الفاسدة المعقودة فى الاسلام على ما سنذكره إن شاء الله تعالى .

الثالثة : ترافعا قبل قبض العوض الفاسد أو قبض بعضه فان الحاكم يرفع هذه الكتابة ويبطلها لأنها كتابة فاسدة لم يتصل بها قبض تنبرم به ولا فرق بين إسلامهما أو اسلام أحدهما فيما ذكرناه لأن التغليب لحكم الاسلام ، وقال أبو حنيفة اذا كاتبه على خمر ثم أسلما لم يفسد العقد ويؤدى قيمة الخمر لأن الكتابة كالنكاح ولو أمهرها خمراً ثم أسلما بطل الخمر ولم يبطل النكاح .

ولنا أن هذا عقد لو عقده المسلم كان فاسداً فاذا أسلما قبل التقابض أو أحدهما حكم بفساده كالبيع الفاسد ويفارق النكاح فانه لو عقده المسلم بخمر كان صحيحا وان أسلم مكاتب الذمي لم تنفسخ الكتابة لأنها وقعت صحيحة ولا يجبر على ازالة ملكه لأنه خارج بالكتابة عن تصرف الكافر فيه فان عجز أجبر على ازالة ملكه عنه حينئذ ، وان اشترى مسلما فكاتبه لم تصح الكتابة لأن الشراء باطل ولم يثبت له به ملك ، وان أسلم عبده فكاتبه بعد اسلامه لم تصح كتابته لانه يلزمه ازالة ملكه عنه والكتابة لا تزيل الملك فان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم .

وقال القاضى له كتابته لانه يخرج بها عن تصرف سيده فيه فان عجز عاد رقيقا قنا وأجبر على ازالة ملكه عنه حينئذ .

(فصل) وإن كاتب الحربى عبده صحت كتابته سواء كان فى دار الحرب أو دار الاسلام وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة : لا يصح لأن ملكه ناقص ، وحكى عن مالك أنه لا يملك بدليل أن المسلم تملكه عليه .

ولنا قول الله تعالى . وأورثكم أرضهم وديارهم وأموالهم) وهذه الاضافة اليهم تقتضى صحة أملاكهم فتقتضى صحة تصرفاتهم ، فإذا ثبت هذا فاذا كاتب عبده ثم دخلا مستأمنين الينا لم يتعرض الحاكم لهما وان ترافعا اليه نظر بينهما فان كانت كتابتهما صحيحة ألزمهما حكمها وان كانت فاسدة بين لهما فسادها ، وان جاءا وقد قهر أحدهما صاحبه بطلت الكتابة لأن العبد إن قهر سيده ملكه فبطلت كتابته لخروجه عن ملك سيده .

وان قهره السيد على ابطال الكتابة ورده رقيقا بطلت لأن دار الكفر دار قهر واباحة ، ولهذا لو قهر حر حراً على نفسه ملكه ، وان دخل من غير قهر فقهر أحدهما الآخر فى دار الاسلام لم تبطل الكتابة وكانا على ما كانا عليه قبله لأن دار الاسلام دار حظر لا يؤثر فيها القهر الا بالحق ، وان دخلا مستأمنين ثم أرادا الرجوع الى دار الحرب لم يمنعا .

وان أراد السيد الرجوع وأخذ المكاتب معه فأبى المكاتب الرجوع معه لم يجبر لانه بالكتابة زال ملكه وسلطانه عنه وانما له فى ذمته حق ، ومن له فى ذمة غيره حق لا يملك اجباره على السفر معه لأجله ، ويقال للسيد ان أردت الاقامة فى دار الاسلام لتستوفى مال الكتابة فاعقد الذمة وأقم ان كانت مدتها طويلة ، وان أردت توكيل من يقبض لك نجوم الكتابة فافعل فاذا أدى نجوم الكتابة عتق ثم هو مخير ان أحب أن يقيم فى دار الاسلام عقد على نفسه الذمة ، وان أحب الرجوع لم يمنع ، وان عجز وفسخ السيد كتابته عاد رقيقا ويرد الى سيده والامان له باق لانه من مال سيده وسيده عقد الامان لنفسه وماله ، فاذا انتقض الامان فى نفسه بعوده لم ينتقض فى ماله ، وان كاتبه فى دار الحرب فهرب ودخل الينا بطلت الكتابة لان ملكه زال عنه بقهره على نفسه ، فأشبه مالو قهره على غيره من ماله وسواء جاءنا مسلما أو غير مسلم ، وان جاءنا باذن سيده فالكتابة بحالها لانه لم يقهر سيده ، فاذا دخل الينا بأمان باذن سيده ثم سبى المسلمون سيده وقتل

انتقلت الكتابة الى ورثته كما لو مات حتف أنفه ، وان منّ عليه الامام أو فاداه أو هرب فالكتابة بحالها ، وان استرقه الامام فالمكاتب موقوف ان عتق سيده فالكتابة بحالها وان مات أو قتل فالمكاتب للمسلمين مبق على ما بقى من كتابته يعتق بأدائه اليهم وولاؤه لهم وان عجز فهو رقيق لهم ، وان أراد المكاتب الأداء قبل عتق سيده وموته أدى الى الحاكم أو الى أمينه وكان المال المقبوض موقوفا على ما ذكرناه ويعتق المكاتب بالأداء وسيده رقيق لا يثبت له ولاء ؛ وقال أبو بكر : يكون الولاء للمسلمين ، وقال القاضي : يكون موقوفا فان عتق سيده فهو له وان مات على رقه فهو للمسلمين وان كان استرقاق سيده بعد عتق المكاتب وثبوت الولاء عليه فقال القاضي يكون ولاؤه موقوفا فان عتق السيد كان الولاء له وان قتل أو مات على رقه بطل الولاء لانه رقيق لا يورث فيبطل الولاء لعدم مستحقه وينبغي أن يكون للمسلمين لأن مال من لا وارث له للمسلمين فكذلك الولاء والله أعلم .

(فصل) وان كاتب المرتد عبده فعلى قول أبي بكر الكتابة باطلة لان ملكه زال بردته وعلى الظاهر من المذهب كتابته موقوفة ان أسلم تبينا أنها كانت صحيحة وان قتل أو مات على ردته بطلت وان أدى فى ردته لم يحكم بعتقه ويكون موقوفا فان أسلم سيده تبينا صحة الدفع اليه وعتقه ، وان قتل أو مات على ردته فهو باطل والعبد رقيق وان كاتبه وهو مسلم ثم ارتد وحجر عليه لم يكن للعبد الدفع اليه ويؤدى الى الحاكم ويعتق بالأداء ، وان دفع الى المرتد كان موقوفا كما ذكرنا ، وان كاتب المسلم عبده المرتد صحت كتابته لأنه يصح بيعه فإذا أدى عتق ، وإن أسلم فهو على كتابته .

(فصـــل) وكتابة المريض صحيحة فإن كان مرض الموت المخوف اعتبر من ثلثه لانه بيع ماله بماله فجرى مجرى الهبة ، وكذلك يثبت الولاء على المكاتب لكونه معتقا فإن خرج من الثلث كانت الكتابة لازمة وان لم يخرج من الثلث لزمت الكتابة فى قدر الثلث وسائره موقوف على إجازة الورثة فان أجازت جازت وان ردتها بطلت ، وهذا قول الشافعي . وقال أبو الخطاب . فى رءوس المسائل تجوز الكتابة من رأس المال لأنه عقد معاوضة أشبه البيع .

« مسألة » قال ﴿ وإذا كاتب عبده أو أمته على أنجم فأديت الكتابة فقد صار العبد حراً وولاؤه لمكاتبه ﴾

فى هذه المسألة ثلاثة فصول أحدها : أن ظاهر هذا الكلام أن الكتابة لا تصح حالة ولا تجوز إلا مؤجلة منجمة وهو ظاهر المذهب ، وبه قال الشافعى وقال مالك وأبو حنيفة تجوز حالة لأنه عقد على عين فاذا كان عوضه فى الذمة جاز أن يكون حالا كالبيع .

ولنا أنه روى عن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم عقدوا الكتابة ولم ينقل عن واحد منهم أنه عقدها حالة ولو جاز ذلك لم يتفق جميعهم على تركه ولأن الكتابة عقد معاوضة يعجز عن أداء عوضها فى الحال فكان من شرطه التأجيل كالسلم على أبى حنيفة ولانها عقد معاوضة يلحقه الفسخ من شرطه ذكر العوض فاذا وقع على وجه يتحقق فيه العجز عن العوض لم يصح كما لو أسلم فى شيء لا يوجد عند محله ويفارق البيع لأنه لا يتحقق فيه العجز عن العوض لان المشترى يملك المبيع والعبد لا يملك شيئا وما فى يده لسيده وفى التنجيم حكمتان .

إحداهما : ترجع الى المكاتب وهى التخفيف عليه لأن الأداء مفرقا أسهل ولهذا تقسط الديون على المعسرين عادة تخفيفا عليهم .

والاخرى : للسيد وهى أن مدة الكتابه تطول غالبا فلو كانت على نجم واحد لم يظهر عجزه الا فى آخر المدة فاذا عجز عاد الى الرق وفاتت منافعه فى مدة الكتابه كلها على السيد من غير نفع حصل له واذا كانت منجمه نجوما فعجز عن النجم الاول فمدته يسيرة وان عجز عما بعده فقد حصل للسيد نفع بما أخذه من النجوم قبل عجزه . اذا ثبت هذا : فأقله نجمان فصاعداً ، وهذا مذهب الشافعى .

ونقل عن أحمد أنه قال : من الناس من يقول نجم واحد ، ومنهم من يقول نجمان ونجمان أحب الى وهذا يحتمل أن يكون معناه انى أذهب الى أنه لا يجوز الا نجمان ، ويحتمل أن يكون المستحب نجمين ويجوز نجم واحد .

قال ابن أبى موسى : هذا على طريق الاختيار وإن جعل المال كله فى نجم

واحد جاز لأنه عقد يشترط فيه التأجيل فجاز أن يكون إلى أجل واحد كالسلم ، ولأن اعتبار التأجيل ليتمكن من تسليم العوض ، وهذا يحصل بنجم واحد .

ووجه الأول ماروى عن علي رضي الله عنه أنه قال : الكتابة على نجمين والإيتاء من الثاني . وهـــذا يقتضي أن هذا أقل ما تجوز عليه الكتابة لأن أكثر من نجمين يجوز بالاجماع

وروى عن عثمان رضي الله عنه أنه غضب على عبد له فقال لأعاقبنك ولأ كاتبنك على نجمين ، ولو كان يجوز أقل من هذا لعاقبه به في الظاهر

وفى حديث بريرة أنها أتت عائشة رضى الله عنها فقالت : يا أم المؤمنين إني كاتبت أهلي على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعينيني ، ولأن الكتابة مشتقة من الضم ، وهو ضم نجم الى نجم ، فدل ذلك على افتقارها الى نجمين والأول أقيس ولا بد أن تكون النجوم معلومة ، ويعلم فى كل نجم قدر ما يؤديه ، ولا يشترط تساوى النجوم ولا قدر المؤدى فى كل نجم ، فإذا قال كاتبتك على ألف إلى عشر سنين تؤدى عند انقضاء كل سنة مائة ، أو قال تؤدى منها مائة عند انقضاء خمس سنين وباقيها عند تمـام العشرة ، أو قال تؤدى فى آخر العام الأول مائة وتسعمائة عند انقضاء السنة العاشرة ، فكل هذا جائز ، وان قال تؤدى فى كل عام مائة جاز ويكون أجل كل مائة عند انقضاء السنة ، وظاهر قول القاضى وأصحاب الشافعى انه لا يصح لأنه لم يتبين وقت الأداء من العام .

ولنا أن بريرة قالت : كاتبت أهلي على تسع أواق فى كل عام أوقية ، ولأن الاجل إذا علق بمدة تعلق بأحد طرفيها ، فإن كان بحرف الى تعلق بأولها ، كقوله الى شهر رمضان ، وإن كان بحرف فى كان الى آخرها لأنه جعل جميعها وقتا لأدائها فإذا أدى فى آخرها كان مؤدياً لها فى وقتها فلم يتعين عليـــه الأداء قبله ، كتأدية الصلاة فى آخر وقتها ، فإن قال يؤديها فى عشر سنين أو الى عشر سنين لم يجز لأنه نجم واحد ، ومن أجاز الكتابة على نجم واحد أجازه ، وإن قال يؤدى بعضها فى نصف المدة وباقيها فى آخرها لم يجز لان البعض مجهول يقع على القليل والكثير .

الفصل الثانى : أنه إذا كاتبه على أنجم مدة معلومة صحت الـكتابة وعتق بأدائها

سواء نوى بالكتابة الحرية أو لم ينو ، وسواء قال إذا أديت إلى فأنت حر أو لم يقل ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعى : لا يعتق حتى يقول اذا أديت إلى فأنت حر وينوى بالكتابة الحرية ، ويحتمل فى مذهبنا مثل ذلك ، لان لفظ الكتابة يحتمل المخارجة ، ويحتمل العتق بالاداء فلا بد من تمييز أحدهما عن الآخر ككنايات العتق

ولنا أن الحرية موجب عقد الكتابة فتثبت عند تمامه كسائر أحكامه ، ولان الكتابة عقد وضع للعتق فلم يحتج إلى لفظ العتق ولا نيته كالتدبير ، وما ذكروه من استعمال الكتابة فى المخارجة إن ثبت فليس بمشهور فلم يمنع وقوع الحرية به كسائر الالفاظ الصريحة ، على أن اللفظ المحتمل ينصرف بالقرائن الى أحد محتمليه كلفظ التدبير فى معاشه أو غير ذلك وهو صريح فى الحرية فههنا أولى

الفصل الثالث : أنه لا يعتق قبل أداء جميع الكتابة ، قال أحمد فى عبد بين رجلين كاتباه على ألف فأدى تسعمائة ثم أعتق أحدهما نصيبه ؟ قال لا يعتق الا نصف المائة .

وقد روى عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وعائشة وسعيد بن المسيب والزهرى أنهم قالوا : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ، رواه عنهم الاثرم ، وبه قال القاسم وسالم وسليمان بن يسار وعطاء وقتادة والثورى وابن شبرمة ومالك والاوزاعى والشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى ، وروى ذلك عن أم سلمة

وروى سعيد بإسناده عن أبى قلابة قال : كن أزواج النبى صلى الله عليه وسلم لا يحتجبن من مكاتب ما بقى عليه دينار ، وبإسناده عن عطاء أن ابن عمر كاتب غلاما على ألف دينار فأدى اليه تسعمائة دينار وعجز عن مائة دينار ، فرده ابن عمر فى الرق .

وذكر أبو بكر والقاضى وأبو الخطاب : انه اذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة وعجز عن ربعها عتق لانه يجب رده اليه فلا يرد الى الرق بعجزه عنه لانه عجز عن أداء حق هو له لا حق للسيد فلا معنى لتعجيزه فيما يجب رده اليه . وقال على رضى الله عنه يعتق منه بقدر ما أدى لما روى ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وسلم

أنه قال « إذا أصاب المكاتب حداً أو ميراثاً ورث بحساب ما عتق منه ويؤدى المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقى دية عبد » رواه الترمذى . وقال حديث حسن . وروى عن عمر وعلى رضى الله عنهما أنه اذا أدى الشطر فلا رق عليه وروى ذلك عن النخعى ، وقال عبد الله بن مسعود رضى الله عنه : إذا أدى قدر قيمته فهو غريم ، وقضى به شريح ، وقال الحسن فى المكاتب : اذا عجز استسعى بعد العجز سنتين .

ولنا ما روى سعيد ثنا هشيم عن حجاج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق ، وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » رواه أبو داود ، ولأنه عوض عن المكاتب فلا يعتق قبل أدائه كالقدر المتفق عليه ، ولأنه لو أعتق بعضه لسرى الى باقيه كما لو باشره بالعتق فان العتق لا يتبعض فى الملك ، فأما حديث ابن عباس فمحمول على مكاتب لرجل مات وخلف ابنين فأقر أحدهما بكتابته وأنكر الآخر فأدى الى المقر أو ما أشبهها من الصور جمعا بين الأخبار وتوفيقا بينهما وبين القياس ، ولان قول النبى صلى الله عليه وسلم « اذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدى فلتحتجب منه » دليل على اعتبار جميع ما يؤدى ، ويجوز أن يتوقف العتق على أداء الجميع ، وإن جاز رد بعضه اليه كما لو قال اذا أديت الى ألفاً فأنت حر ولله على رد ربعها اليك فانه لا يعتق قبل أداء جميعها وان وجب عليه رد بعضها .

(فصـــل)

وتجوز الكتابة على كل مال يجوز السلم فيه لانه مال يثبت فى الذمة مؤجلا فى معاوضة فجاز ذلك فيه كعقد السلم ، فان كان من الاثمان وكان فى البلد نقد واحد جاز إطلاقه لانه ينصرف بالاطلاق اليه فجاز ذلك فيه كالبيع ، وان كان فيه نقود أحدها أغلب فى الاستعمال جاز الاطلاق أيضا وانصرف اليه عند الاطلاق كما لو انفرد ، وان كانت مختلفة متساوية فى الاستعمال وجب بيانه بجنسه

وما يتميز به من غيره من النقود ، وإن كان من غير الأثمان وجب وصفه بما يوصف به فى السلم ومالا يصح فى السلم فيه لا يجوز أن يكون عوضا فى الكتابة لأنه عقد معاوضة يثبت عوضه فى الذمة فلم يجز بعوض مجهول كالسلم ، فإن كاتبه على عبد مطلق لم يصح ، ذكره أبو بكر وهو قول الشافعى ، وذكر القاضى فيه وجهين . أحدهما : لا يجوز والآخر يجوز ، وهو قول أبى حنيفة ومالك لأن العتق معنى لا يلحقه الفسخ فجاز أن يكون الحيوان المطلق عوضا فيه كالعقل .

ولنا أن مالا يجوز أن يكون عوضا فى البيع والاجارة لا يجوز أن يكون عوضا فى الكتابة كالثوب المطلق ويفارق العقل لأنه بدل عن متلف مقدر فى الشرع وههنا عوض فى عقد فأشبه البيع ، ولأن الحيوان الواجب فى العقل ليس بحيوان مطلق بل هو مقيد بجنسه وسنه فلم يصح الالحاق به ، ولأن الحيوان المطلق لا تجوز الكتابة عليه بغير خلاف بين الناس فيما علمناه ، وإنما الخلاف فى العبد المطلق ولم يرد به الشرع بدلا فى موضع علمناه

إذا ثبت هذا فإن من صحح الكتابة به أوجب له عبدا وسطا وهو السندى ويكون وسطا من السنديين فى قيمته كقولنا فى الصداق ، ولا تصح الكتابة على حيوان مطلق غير العبد فيما علمناه ولا على ثوب ولا دار ، ولذلك لا تجوز على ثوب من ثيابه ولا عمامة من عمائمه ولا غير ذلك من المجهولات . وان وصف ذلك بأوصاف المسلم صح ، وممن أجاز الكتابة على العبيد الحسن وسعيد بن جبير والنخعى والزهرى وابن سيرين ومالك وأصحاب الرأى ؛ وروى ذلك عن أبى برزة وحفصة رضى الله عنهما .

(فصـــل) وتصح الكتابة على خدمة ومنفعة مباحة لأنها أحد العوضين فى الاجارة فجاز أن تكون عوضا فى الكتابة كالاثمان ، ويشترط العلم بها كما يشترط فى الإجارة ، فإن كاتبه على خدمة شهر ودينار صح ولا يحتاج الى ذكر الشهر ، وكونه عقيب العقد لأن إطلاقه يقتضى ذلك ، وان عين الشهر لوقت لا يتصل بالعقد ، مثل أن يكاتبه فى المحرم على خدمته فى رجب ودينار صح أيضا كما يجوز أن يؤجره داره شهر رجب فى المحرم .

وقال أصحاب الشافعى : لا يجوز على شهر لا يتصل بالعقد ويشترطون ذكر

ذلك ولا يجوزون إطلاقه بناء على قولهم فى الاجارة ، وقد سبق ذكر الخلاف فيه فى باب الاجارة ، ويشترط كون الدينار المذكور مؤجلا لأن الأجل شرط فى عقد الكتابة ، فإن جعل محل الدينار بعد الشهر بيوم أو أكثر صح بغير خلاف نعلمه ، وان جعل محله فى الشهر أو بعد انقضائه صح أيضا ، وهذا قول بعض أصحاب الشافعى .

وقال القاضى . لا يصح لأنه يكون نجما واحدا ، وهذا لا يصح لأن الخدمة كلها لا تكون فى وقت محل الدينار ، وإنما يوجد جزء منها يسير مقارباً له وسائرها فيما سواه ، ولأن الخدمة بمنزلة العوض الحاصل فى ابتداء مدتها ، ولهذا يستحق عوضها جميعه عند العقد فيكون محلها غير محل الدينار ، وإنما جازت حالة لان المنع من الحلول فى غيرها لأجل العجز عنه فى الحال ، وهذا غير موجود فى الخدمة فجازت حالة .

وإن جعل محل الدينار قبل الخدمة وكانت الخدمة غير متصلة بالعقد بحيث يكون الدينار مؤجلا والخدمة بعده جاز ، وان كانت الخدمة متصلة بالعقد لم يتصور كون الدينار قبله ولم تجز فى أوله لانه يكون حالا ومن شرطه التأجيل .

فصل

وإن كاتبه على خدمة مفردة فى مدة واحدة ، مثل أن كاتبه على خدمة شهر معين أو سنة معينة فحكمه حكم الكتابة على نجم واحد على ما مضى من القول فيه ، ويحتمل أن يكون كالكتابة على أنجم لان الخدمة تستوفى فى أوقات متفرقة بخلاف المال ، فإن جعله على شهر بعد شهر ، كأن كاتبه فى أول المحرم على خدمة فيه وفى رجب صح لانه على نجمين ، وان كاتبه على منفعة فى الذمة معلومة ، كخياطة ثياب عينها أو بناء حائط وصفه صح أيضا إذا كاتبه على نجمين ، وان قال كاتبتك على أن تخدمنى هذا الشهر وخياطة كذا عقيب الشهر صح فى قول الجميع ، وان قال على أن تخدمنى شهراً من وقتى هذا وشهراً عقيب هذا الشهر صح أيضا ، وعند الشافعى لا يصح :

ولنا أنه كاتبه على نجمين فصح كالتى قبلها .

(فصل) واذا كاتب العبد وله مال فماله لسيده الا أن يشترطه المكاتب .

وإن كانت له سرية أو ولد فهو لسيده ، وبهذا قال الثوري والحسن بن صالح وأبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي .

وقال الحسن وعطاء والنخعي وسليمان بن موسى وعمرو بن دينار ومالك وابن أبي ليلى في المكاتب ماله له ووافقنا عطاء وسليمان بن موسى والنخعي وعمرو بن دينار ومالك في الولد واحتج لهم بما روى عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « من أعتق عبداً وله مال فالمال للعبد » .

ولنا قول النبي (ص) « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع » متفق عليه والكتابة بيع ولأنه باعه نفسه فلم يدخل معه غيره كولده وأقاربه ولأنه هو وماله كانا لسيده فإذا وقع العقد على أحدهما بقي الآخر على ما كان عليه كما لو باعه لأجنبي وحديثهم ضعيف قد ذكرنا ضعفه .

« مسألة » قال ﴿ وولاؤه لمكاتبه ﴾

لا نعلم خلافاً بين أهل العلم في أن ولاء المكاتب لسيده إذا أدى اليه ، وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي وذلك لأن الكتابة إنعام وإعتاق له لأن كسبه كان لسيده بحكم ملكه إياه فرضي به عوضا عنه وأعتق رقبته عوضا عن منفعته المستحقة له بحكم الأصل فكان معتقا له منعما عليه فاستحق ولاءه لقوله صلى الله عليه وسلم « الولاء لمن أعتق » وفي حديث بريرة أنها قالت كاتبت أهلي على تسع أواق في كل عام أوقية ، فقالت عائشة ان شاء أهلك ان أعدها لهم عدة واحدة ويكون ولاؤك لي فعلت فرجعت بريرة الى أهلها فذكرت ذلك لهم فأبوا إلا أن يكون الولاء لهم، وهذا يدل على أن ثبوت الولاء على المكاتب لسيده كان متقرراً عندهم والله أعلم .

« مسألة » قال ﴿ ويعطى مما كوتب عليه الربع لقول الله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم ﴾

الكلام في الإيتاء في خمسة فصول : وجوبه وقدره وجنسه ووقت جوازه ووقت وجوبه . أما الاول : فانه يجب على السيد إيتاء المكاتب شيئا مما كوتب عليه روى ذلك عن علي رضي الله عنه ؛ وبه قال الشافعي واسحاق ، وقال بريدة

والحسن والنخعي والثوري ومالك وأبو حنيفة ليس بواجب لأنه عقد معاوضة فلا يجب فيه الايتاء كسائر عقود المعاوضات .

ولنا قول الله تعـــالى (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) وظاهر الأمر الوجوب قال علي رضى الله عنه فى تفسيرها ضعوا عنهم ربع مال الكتابة ، وعن ابن عباس رضى الله عنهما قال ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئا ، وتخالف الكتابة سائر العقود فإن القصد بها الرفق بالعبد بخلاف غيرها ولأن الكتابة يستحق بها الولاء على العبد مع المعاوضة فلذلك يجب أن يستحق العبد على السيد شيئاً ، فإن قيل المراد بالايتاء إعطاؤه سهما من الصدقة أو الندب الى التصدق عليه وليس ذلك بواجب بدليل أن العقد يوجب العوض عليه فكيف يقتضى إسقاط شيء منه ؟ قلنا أما الأول فإن علياً وابن عباس رضى الله عنهما فسراه بما ذكرناه وهما أعلم بتأويل القرآن وحمل الأمر على الندب يخالف مقتضى الأمر فلا يصار اليه إلا بدليل ، وقولهم إن العقد يوجب عليه فلا يسقط عنه .

قلنا . إنما يجب للرفق به عند آخر كتابته مواساة له وشكراً لنعمة الله تعالى كما تجب الزكاة مواساة من النعم التى أنعم الله تعالى بها على عبده ولأن العبد ولى جمع هذا المال وتعب فيه فاقتضى الحال مواساته منه كما أمر النبي (ص) بإطعامه من الطعام الذى ولى حره ودخانه واختص هذا بالوجوب لان فيه معونة على العتق وإعانة لمن يحق على الله تعالى عونه فإن أبا هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وســـلم « ثلاثة حق على الله تعالى عونهم المجاهد فى سبيل الله والمكاتب الذى يريد الأداء والناكح الذى يريد العفاف » أخرجه الترمذى ، وقال حديث حسن .

الفصل الثانى : فى قدره وهو الربع ذكره الخرقى وأبو بكر وغيرهما من أصحابنا وروى ذلك عن على رضى الله عنه ، وقال قتادة العشر .

وقال الشافعى وابن المنذر : يجزىء مايقع عليه الاسم ، وهو قول مالك الا أنه عنده مستحب لقول الله تعالى (من مال الله الذى آتاكم) و (من) للتبعيض والقليل بعض فيكتفى به ،

وقال ابن عباس : ضعوا عنهم من مكاتبتهم شيئاً ولانه قد ثبت أن المكاتب لا يعتق حتى يؤدى جميع الكتابة بما ذكرنا من الأخبار ولو وجب ايتاؤه الربع لوجب أن يعتق اذا أدى ثلاثة أرباع الكتابة ولا يجب عليه أداء مال يجب رده اليه ، وروى عن ابن عمر أنه كاتب عبداً له على خمسة وثلاثين ألفا فأخذ منه ثلاثين وترك له خمسة .

ولنا ما روى أبو بكر باسناده عن على رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله (وآتوهم من مال الله الذى آتاكم) فقال « ربع الكتابة » وروى موقوفا على علي ولأنه مال يجب ايتاؤه مواساة بالشرع فكان مقدراً كالزكاة ولأن حكمة ايجابه الرفق بالمكاتب واعانته على تحصيل العتق وهذا لا يحصل باليسير الذى هو أقل ما يقع عليه الاسم فلم يجز أن يكون هو الواجب . وقول الله تعالى (وآتوهم من مال الله) وان ورد غير مقدر فإن السنة تبينه وتبين قدره كالزكاة .

الفصل الثالث : فى جنسه ان قبض مال الكتابه ثم أعطاه منه جاز لأن الله تعالى أمر بالايتاء منه وان وضع عنه مما وجب عليه جاز لأن الصحابة رضى الله عنهم فسروا الايتاء بذلك ولانه أبلغ فى النفع وأعون على حصول العتق فيكون أفضل من الايتاء وتحصل دلالة الآية عليه من طريق التنبيه وان أعطاه من جنس مال الكتابة من غيره جاز . ويحتمل أن لا يلزم المكاتب قبوله وهو ظاهر كلام الشافعى لان الله تعالى أمر بالايتاء منه .

ولنا أنه لا فرق فى المعنى بين الايتاء منه وبين الايتاء من غيره اذا كان من جنسه فوجب أن يتساويا فى الاجزاء وغير المنصوص اذا كان فى معناه ألحق به وكذلك جاز الحط وليس هو بايتاء لما كان فى معناه وان أتاه من غير جنسه مثل أن يكاتبه على دراهم فيعطيه دنانير أو عروضا لم يلزمه قبوله لانه لم يؤته منه ولا من جنسه ، ويحتمل الجواز لان الرفق به يحصل به .

الفصل الرابع فى وقت جوازه وهو من حين العقد لقول الله تعالى (فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً وآتوهم) وذلك يحتاج اليه من حين العقد وكلما عجله كان أفضل لانه يكون أنفع كالزكاة .

(الفصل الخامس) فى وقت وجوبه وهو حين العتق ، لأن الله تعالى أمر بإيتائه من المال الذى آتاه ، وإذا آتى المال عتق فيجب إيتاؤه حينئذ . قال علي رضى الله عنه : الكتابة على نجمين والايتاء من الثانى ، فإن مات السيد قبل إيتائه فهو دين فى تركته لأنه حق واجب فهو كسائر ديونه ، وإن ضاقت التركة عنه وعن غيره من الديون تحاصوا فى التركة بقدر حقوقهم ويقدم ذلك على الوصايا لأنه دين وقد قضى النبى (ص أن الدين قبل الوصية والله الموفق

« مسئلة » قال (وإن عجلت الكتابة قبل محلها لزم السيد الأخذ وعتق من وقته فى إحدى الروايتين عن أبى عبد الله رحمه الله والرواية الأخرى إذا ملك ما يؤدى فقد صار حراً)

الكلام فى هذه المسأله فى فصلين . أحدهما فيها اذا عجل المكاتب الكتابة قبل محلها فالمنصوص عن أحمد أنه يلزم قبولها ويعتق المكاتب . وذكر أبو بكر فيه رواية أخرى أنه لا يلزم قبول المال الا عند نجومه لأن بقاء المكاتب فى هذه المدة فى ملكه حق له ولم يرض بزواله فلم يزل كما لو علق عتقه على شرط لم يعتق قبله ، والصحيح فى المذهب الأول وهو مذهب الشافعى ، الا أن القاضى قال أطلق أحمد والخرقى هذا القول ، وهو مقيد بالا ضرر فى قبضه قبل محله كالذى لا يفسد ولا يختلف قديمه وحديثه ولا يحتاج الى مؤنة فى حفظه ولا يدفعه فى حال خوف يخاف ذهابه ، فإن اختل أحد هذه الأمور لم يلزم قبضه ، مثل أن يكون مما يفسد كالعنب والرطب والبطيخ أو يخاف تلفه كالحيوان فإنه ربما تلف قبل المحل ففاته مقصوده ، وان كان مما يكون حديثه خيراً من قديمه لم يلزمه أيضا أخذه لأنه ينقص الى حين الحلول ، وان كان مما يحتاج الى مخزن كالطعام والقطن لم يلزمه أيضا لانه يحتاج فى ابقائه الى وقت المحل الى مؤنة فيتضرر بها ، ولو كان غير هذا الا أن البلد مخوف يخاف نهبه لم يلزمه أخذه لان فى أخذه ضررا لم يرض بالتزامه وكذلك لو سلمه اليه فى طريق مخوف أو موضع يتضرر بقبضه فيه لم يلزمه قبضه ولم يعتق المكاتب ببذله .

قال القاضى : والمذهب عندى أن فى قبضه تفصيلا على حسب ما ذكرناه فى

السلم ، ولأنه لا يلزم الانسان التزام ضرر لم يقتضه العقد ولا رضى بالتزامه ، وأما مالا ضرر فى قبضه فإذا عجله لزم السيد أخذه . وذكر أبو بكر أنه يلزمه قبوله من غير تفصيل اعتمادا على اطلاق أحمد القول فى ذلك وهو ظاهر إطلاق الخرقى لما روى الاثرم بإسناده عن أبى بكر بن حزم أن رجلا أتى عمر رضى الله عنه فقال يا أمير المؤمنين انى كاتبت على كذا وكذا. وانى أيسرت بالمال فأتيته به فزعم أنه لا يأخذها الا نجوما فقال عمر رضى الله عنه يا يرفأ خذ هذا المال فاجعله فى بيت المال وأد اليه نجوما فى كل عام وقد عتق هذا فلما رأى ذلك سيده أخذ المال . وعن عثمان بنحو هذا .

ورواه عثمان بن منصور فى سننه عن عمر وعثمان جميعا ، قال حدثنا هشيم عن ابن عوف عن محمد بن سيرين أن عثمان قضى بذلك ، ولان الأجل حق لمن عليه الدين فإذا قدمه فقد رضى بإسقاط حقه فسقط كسائر الحقوق ، فإن قيل اذا علق عتق عبده على فعل فى وقت ففعله فى غيره لم يعتق ، فكذلك اذا قال اذا أديت الى ألفا فى رمضان فأداه فى شعبان لم يعتق ، قلنا تلك صفة مجردة لا يعتق الا بوجودها والكتابة معاوضة يبرأ فيها بأداء العوض فافترقا ، وكذلك لو أبرأه من العوض فى المكاتبة عتق ، ولو أبرأه من المال فى الصفة المجردة لم يعتق ، والاولى ان شاء الله ما قاله القاضى فى أن ما كان فى قبضه ضرر لم يلزمه قبضه ولم يعتق ببذله لما ذكره من الضرر الذى لم يقتضه العقد ، وخبر عمر رضى الله عنه لا دلالة فيه على وجوب قبض ما فيه ضرر ، ولأن أصحابنا قالوا لو لقيه فى بلد آخر فدفع اليه نجوم الكتابة أو بعضها فامتنع من أخذها لضرر فيه من خوف أو مؤنة حمل لم يلزمه قبوله لما عليه من الضرر فيه ، وان لم يكن فيه ضرر لزمه قبضه ، كذا ههنا وكلام أحمد رحمه الله محمول على ما اذا لم يكن فى قبضه ضرر ، وكذلك قول الخرقى وأبى بكر .

(فصل) اذا أحضر المكاتب مال الكتابة أو بعضه ليسلمه فقال السيد هذا حرام أو غصب لا أقبله منك سئل العبد عن ذلك فإن أقر به لم يلزم السيد قبوله لانه لا يلزمه أخذ المحرم ولا يجوز له ، وان أنكر وكانت للسيد بينة بدعواه لم يلزمه قبوله وتسمع بينته لان له حقا فى أن لا يقتضى دينه من حرام ولا يأمن

من أن يرجع صاحبه عليه به ، وإن لم تكن له بينة فالقول قول العبد مع يمينه فإن نكل عن اليمين لم يلزم السيد قبوله أيضا ، وان حلف قيل للسيد إما أن تقبضه وإما أن تبرئه ليعتق ، فإن قبضه وكان تمام كتابته عتق . ثم ينظر فإن ادعى أنه حرام مطلقا لم يمنع منه لانه لا يقر به لأحد وإنما تحريمه فيما بينه وبين الله تعالى ، وإن ادعى أنه غصبه من فلان لزمه دفعه اليه إن ادعاه ، لأن قوله وان لم يقبل فى حق المكاتب فإنه يقبل فى حق نفسه ، كما لو قال رجل لعبد فى يد غيره هذا حر وأنكر ذلك من العبد فى يده لم يقبل قوله عليه ، فإن انتقل اليه بسبب من الاسباب لزمته حريته ، وان أبرأه من مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه لم يلزمه قبضه لأنه لم يبق له عليه حق ، وإن لم يبرئه ولم يقبضه كان له دفع ذلك الى الحاكم ويطالبه بقبضه فينوب الحاكم فى قبضه عنه ويعتق العبد ، كما رويناه عن عمر وعثمان فى قبضهما مال الكتابة حين امتنع المكاتب من قبضه .

﴿ فصل ﴾

واذا كاتبه على جنس لم يلزمه قبض غيره ، فلو كاتبه على دنانير لم يلزمه قبض دراهم ولا عرض ، وان كاتبه على دراهم لم يلزمه أخذ الدنانير ولا العروض ، وان كاتبه على عرض موصوف لم يلزمه قبض غيره ، وان كاتبه على نقد وأعطاه من جنسه خيراً منه وكان ينفق فيما ينفق فيه الذى كاتبه عليه لزمه أخذه لأنه زاده خيراً ، وان كان لا ينفق فى بعض البلدان التى ينفق فيها ما كاتبه عليه لم يلزمه قبوله لان عليه فيه ضررا .

الفصل الثانى : اذا ملك ما يؤدى فالصحيح انه لا يعتق حتى يؤدى ، روى ذلك عن عمر وابنه وزيد وعائشة رضى الله عنهم فإنهم قالوا : المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ، وهو قول أكثر أهل العلم

وعن أحمد رضى الله عنه رواية أخرى أنه اذا ملك ما يؤدى عتق ، لما روى سعيد قال : حدثنا سفيان عن الزهرى عن نبهان مولى أم سلمة عن أم سلمة أن النبى (ص) قال « اذا كان لاحداكن مكاتب وكان عنده ما يؤدى فلتحتجب منه » ورواه أبو داود وابن ماجه والترمذى وقال حديث حسن صحيح ، فأمرهن بالحجاب بمجرد ملكه لما يؤديه ، ولانه مالك لوفاء مال الكتابة أشبه ما لو أداه ،

فعلى هذه الرواية يصير حراً بملك الوفاء ، فتى امتنع منه أجبره الحاكم عليه ، وإن هلك ما في يديه قبل الاداء صار دينا في ذمته وقد صار حراً

ووجه الرواية الاولى ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم . وقوله : أيما عبد كاتب على مائة أوقية فأداها الا عشر أواق فهو عبد ، وأيما عبد كاتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد » رواه سعيد

وفي رواية : من كاتب عبده على مائة أوقية فأداها الا عشر أواق ، أو قال الا عشرة دراهم ثم عجز فهو رقيق » رواه الترمذي وقال : هذا حديث حسن غريب ، ولأنه عتق علق بعوض فلم يعتق قبل أدائه ، كما لو قال : اذا أديت الى ألفاً فأنت حر ، فعلى هذه الرواية ان أدى عتق وان لم يؤد لم يعتق ، فإن امتنع من الأداء فقال أبو بكر يؤديه الامام منه ولا يكون ذلك عجزاً ولا يملك السيد الفسخ وهو قول أبي حنيفة .

ويحتمل كلام الخرقي أنه اذا لم يؤد عجزه السيد ان أحب ، فانه قال : اذا لم يؤد نجماً حتى حل نجم آخر عجزه السيد ان أحب وعاد عبداً غير مكاتب ، ونحوه قال الشافعي ، فانه قال ان شاء عجز نفسه وامتنع من الأداء . ووجهه أن العبد لا يجبر على اكتساب ما يؤديه في الكتابة فلا يجبر على الاداء كسائر العقود الجائزة . ووجه الاول أنه يثبت للعبد استحقاق الحرية بملك ما يؤدى فلم يملك ابطالها كما لو أدى ، فان تلف المال قبل أدائه جاز بعجزه واسترقاقه وجها واحداً

« مسألة » قال (واذا أدى بعض كتابته ومات وفي يده وفاء وفضل فهو لسيده في احدى الروايتين والاخرى لسيده بقية كتابته والباقي لورثته)

يحتمل أن هذه المسألة مبنية على ما قبلها ، فاذا قلنا انه لا يعتق بملك ما يؤدى فقد مات رقيقا فانفسخت الكتابة بموته وكان ما في يده لسيده ، وان قلنا انه عتق بملك ما يؤدى فقد مات حراً وعليه لسيده بقية كتابته لأنه دين له عليه والباقي لورثته .

قال القاضي : الاصح انه تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبداً وما في يده

لسيده ، رواه الأثرم بإسناده عن عمر وزيد والزهرى ، وبه قال ابراهيم وعمر بن عبد العزيز وقتادة والشافعي لما ذكرناه في التي قبلها ، ولأنه مات قبل أداء مال الكتابة فوجب أن تنفسخ ، كما لو لم يكن له مال ، ولأنه عتق علق بشرط مطلق فينقطع بالموت ، كما لو قال إذا أديت إلى ألفاً فأنت حر .

والرواية الثانية : يعتق ويموت حراً ولسيده بقية كتابته وما فضل لورثته . روى ذلك عن علي وابن مسعود ومعاوية ، وبه قال عطاء والحسن وطاوس وشريح والنخعي والثوري والحسن بن صالح ومالك وإسحاق وأصحاب الرأى ، الا أن أبا حنيفة قال : يكون حراً في آخر جزء من حياته ؛ وهذا قول القاضي ، ووجه هذه الرواية ما قدمنا في التي قبلها ، ولأنها معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين فلا تنفسخ بموت الآخر كالبيع ، ولأن العبد أحد من تمت به الكتابة فلم تنفسخ بموته كالسيد والأول أولى ، وتفارق الكتابة البيع لان كل واحد من المتعاقدين غير معقود عليه ، ولا يتعلق العقد بعينه فلم ينفسخ بتلفه ، والمكاتب هو المعقود عليه ، والعقد يتعلق بعينه فإذا تلف قبل تمام الاداء انفسخ العقد كما لو تلف المبيع قبل قبضه ولانه مات قبل وجود شرط حريته ويتعذر وجوده بعد موته .

(فصـــل)

وإذا مات ولم يخلف وفاء فلا خلاف في المذهب أن الكتابة تنفسخ بموته ويموت عبدا وما في يده لسيده ، وهو قول أهل الفتوى من أئمة الامصار إلا أن يموت بعد أداء ثلاثة أرباع الكتابة عند أبي بكر والقاضي ومن وافقهما فانه يموت حراً في مقتضى قولهم .

وقال مالك : ان كان له ولد حر انفسخت الكتابة ، وان كان له مملوك في كتابته أجبر على دفع المال كله ان كان له مال ، وان لم يكن له مال أجبر على الاكتساب والاداء

وقد روى عن علي رضى الله عنه أنه يعتق منه بقدر ما أدى ، وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبي (ص) قال « اذا أصاب المكاتب حدا أو ميراثا ورث بقدر ما أدى ويؤدى المكاتب بحصة ما أدى » وعن عمر وعلي والنخعي : اذا أدى الشطر فلا رق عليه .

وقال ابن مسعود : إذا أدى قدر قيمته فهو غريم ، وقد ذكرنا الجواب عن هذه الأقوال كلها فيما تقدم بما أغنى عن إعادته إن شاء الله تعالى .

(فصل) ولا تنفسخ الكتابة بالجنون لأنها عقد لازم فلم تنفسخ بالجنون كالرهن ، وفارق الموت لأن العقد على العين والموت يفوت العين بخلاف الجنون ولأن القصد من الكتابة العتق والموت ينافيه ، ولهذا لا يصح عتق الميت والجنون لا ينافيه بدليل صحة عتق المجنون ، فعلى هذا إن أدى اليه المال عتق ، لان السيد إذا قبض منه فقد استوفى حقه الذى كان عليه وله أخذ المال من يده فيتضمن ذلك براءته من المال فيعتق بحكم العقد ، وإن لم يؤد كان للسيد أن يحضره عند الحاكم وتثبت الكتابة بالبينة فيبحث الحاكم عن ماله فإن وجد له مالا سلمه فى الكتابة وعتق وإن لم يجد له مالا جعل له أن يعجزه ويلزمه الانفاق عليه لانه عاد قناً ، ثم إن وجد له الحاكم بعد ذلك مالا يفى بمال الكتابة أبطل فسخ السيد لأن الباطن بان بخلاف ما حكم به فبطل حكمه كما إذا أخطأ النص وحكم بالاجتهاد الا أنه يرد على السيد ما أنفقه من حين الفسخ لانه لم يكن مستحقا عليه فى الباطن . وان أفاق فأقام البينة أنه كان قد دفع اليه مال الكتابة بطل أيضا فسخ السيد ولا يرد عليه ما أنفقه لانه أنفق عليه مع علمه بحريته فكان متطوعا بذلك فلم يرجع به وينبغى أن يستحلف السيد الحاكم أنه مااستوفى مال الكتابة ، وهذاقول أصحاب الشافعى ولم يذكره أصحابنا وهو حسن لانه استوفاه ، والمجنون لا يعبر عن نفسه فيدعيه فيقوم الحاكم مقامه فى استحلافه عليه

فصل

وقتل المكاتب كموته فى انفساخ الكتابة على ما أسلفناه من الخلاف ، سواء كان القاتل السيد أو الاجنبي ولا قصاص على قاتله الحر لان المكاتب عبد ما بقى عليه درهم ، فإن كان القاتل سيده ولم يخلف وفاء انفسخت الكتابة وعاد ما فى يده الى سيده ولم يجب عليه شىء ، لانه لو وجب لوجب له .

فإن قيل فالقاتل لا يستحق بالقتل شيئا من تركة المقتول ، قلنا ههنا لا يرجع اليه مال المكاتب ميراثا بل بحكم ملكه عليه لزوال الكتابة وانما يمنع القاتل الميراث

خاصة . ألا ترى أن من له دين مؤجل اذا قتل من عليه الحق حل دينه ، وفى رواية وأم الولد اذا قتلت سيدها عتقت ، وان كان المكاتب قد خلف وفاء وقلنا ان الكتابة تنفسخ بموته فالحكم كذلك ، وان قلنا لا تنفسخ بموته فله القيمة على سيده تصرف الى ورثته ، كما لو كانت الجناية على بعض أطرافه فى حياته ، فان كان الوفاء يحصل بايجاب القيمة ولا يحصل بدونها وجبت كما لو خلف وفاء لان دية المقتول كتركته فى قضاء ديونه منها وانصرافها الى ورائه بينهم على فرائض الله تعالى ولا فرق فيما ذكرنا بين أن يخلف وارثا أو لا يخلف وارثا . وذكر القاضى انه اذا لم يخلف وارثا سوى سيده لم تجب القيمة عليه بحال .

ولنا أن من لا وارث له يصرف ماله الى المسلمين ولا حق لسيده فيه لان صرفه الى سيده بطريق الارث والقاتل لا ميراث له ، وان كان القاتل أجنبيا وجبت القيمة لسيده الا فى الموضع الذى لا تنفسخ الكتابة فانها تجب لورثته والله أعلم .

« مسألة » قال (واذا مات السيد كان العبد على كتابته وما أدى فبين ورثة سيده مقسوما كالميراث)

وجملة ذلك أن الكتابة لاتنفسخ بموت السيد لا نعلم فيه بين أهل العلم خلافا وذلك لانه عقد لازم من جهته لاسبيل الى فسخه فلم ينفسخ بموته كالبيع والاجارة اذا ثبت هـذا فان المكاتب يؤدى نجومه أو ما بقى منها الى ورثته لانه دين لموروثهم ويكون مقسوما بينهم على قدر مواريثهم كسائر ديونه ، فان كان له أولاد ذكور واناث فللذكر مثل حظ الانثيين ولا يعتق حتى يؤدى الى كل ذى حق حقه ، فان أدى الى بعضهم دون بعض لم يعتق كما لو كان بين شركاء فأدى الى بعضهم ؛ فان كان بعضهم غائبا وكان له وكيل دفع نصيبه الى وكيله ، وان لم يكن له وكيل دفع نصيبه الى الحاكم وعتق ، وان كان موليا عليه دفع نصيبه الى وليه إما ابنه أو وصيه أو الحاكم أو أمينه ، فان كان له وصيان لم يبرأ الا بالدفع اليهما معاً ، وان كان الوارث رشيدا قبض لنفسه ولا تصح الوصية الى غيره ليقبض له لان الرشيد ولى نفسه .

وإن كان بعضهم رشيداً وبعضهم موليا عليه فحكم كل واحد منهم حكمه لو انفرد، وإن أذن بعضهم له فى الأداء إلى الآخر، وكان الذى أذن له فى ذلك رشيداً فأدى إلى الآخر جميع حقه عتق نصيبه، فإن كان معسرا لم يسر الى نصيب شريكه، وإن كان موسراً عتق عليه كله وقوم عليه باقيه: كما لو كان بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه، وهذا ظاهر كلام الخرقى وهو أحد قولى الشافعى. وقال القاضى لا يسرى عتقه وإن كان موسراً، وهو القول الثانى للشافعى

وقال أبو حنيفة: لا يعتق إلا بأداء جميع مال الكتابة لانه أدى بعض مال الكتابة فأشبه ما لو أداه الى السيد، وان أبرأه من مال الكتابة برىء منه وعتق، وان أبرأه بعضهم عتق نصيبه، وكذلك ان أعتق نصيبه منه عتق: والخلاف فى هذا كله كالخلاف فيما اذا أدى الى بعضهم باذن الآخر

ولنا على أنه يعتق نصيب من أبرأه من حقه عليه أو استوفى نصيبه باذن شركائه أنه أبرأه من جميع ما له عليه فوجب أن يلحقه العتق كما لو أبراه سيده من جميع مال الكتابه، وفارق ما اذا أبرأه سيده من بعض مال الكتابة لأنه ما أبرأه من جميع حقه.

ولنا على سراية عتقه أنه اعتاق لبعض العبد الذى يجوز اعتاقه من موسر جائز التصرف غير محجور عليه فوجب أن يسرى عتقه كما لو كان قنا، ولأنه عتق حصل بفعله واختياره فسرى كمحل الوفاق

فإن قيل فى السراية ضرر بالشركاء لأنه قد يعجز فيرد الى الرق، قلنا اذا كان العتق فى محل الوفاق يزيل الرق المتمكن الذى لا كتابة فيه، فلأن يزيل عرضية ذلك بطريق الأولى.

«مسألة» قال ﴿ وولاؤه لسيده وان عجز فهو عبد لسائر الورثة ﴾

أما اذا عجز ورد فى الرق فإنه يكون عبداً لجميع الورثة كما لو لم يكن مكاتبا لانه من مال موروثهم فكان بينهم كسائر المال. وأما اذا أدى مال الكتابة وعتق فقال الخرقى يكون ولاؤه لمكاتبه يختص به عصباته دون أصحاب الفروض. وهذا قول أكثر الفقهاء وهو اختيار أبي بكر، ونقله اسحاق بن منصور عن أحمد

رحمه الله واسحاق ، وروى حنبل وصالح بن أحمد عن أبيه قال : اختلف الناس في المكاتب بموت سيده وعليه بقية من كتابته ، قال بعض الناس الولاء للرجال والنساء وقال بعض الناس : لا ولاء للنساء لأن هذا انما هو دين على المكاتب ولا يرث النساء من الولاء الا ما كاتبن أو أعتقن ولكل وجه ، والذى أراه ويغلب على انهن يرثن ، وذلك لأن المكاتب لو عجز بعد وفاة السيد رد رقيقا ، وهذا قول طاوس والزهرى ، وذلك لأن المكاتب انتقل الى الورثة بموت المكاتب فكان ولاؤه لهم ، كما لو انتقل الى المشترى ، ولأنه يؤدى الى الورثة فكان ولاؤه لهم كما لو أدى الى المشترى .

ووجه الاول أن السيد هو المنعم بالعتق فكان الولاء له كما لو أدى اليه ، ولأن الورثة انما ينتقل اليهم ما بقى للسيد ، وانما بقى للسيد دين فى ذمة المكاتب ، والفرق بين الميراث والشراء أن السيد نقل حقه فى المبيع باختياره فلم يبق له فيه حق من وجه ، والوارث يخلف الموروث ويقوم مقامه ، ويبنى على ما فعله موروثه ولا ينتقل اليه شيء أمكن بقاؤه لموروثه والولاء مما أمكن بقاؤه الموروث فوجب أن لا ينتقل عنه .

(فصل) فان أعتقه الورثة صح عتقهم لانه ملك لهم فصح عتقهم له ، ولان السيد لو أعتقه نفذ عتقه وهم يقومون مقام موروثهم ويكون ولاؤه لهم ؛ لقول النبى (ص) : انما الولاء لمن أعتق . وان أعتق بعضهم نصيبه فعتق عليه كله قوم عليه نصيب شركائه وكان ولاؤه له ؛ وان لم يسر عتقه لكونه معسرا أو لغير ذلك فله ولاء ما أعتقه للخبر ، ولانه منعم عليه بالعتق فكان الولاء له كغير المكاتب . وقال القاضى : ان أعتقوه كلهم قبل عجزه كان الولاء للسيد ، وان أعتق بعضهم لم يسر عتقه ، ثم ينظر فإن أدى الى الباقين عتق كله وكان ولاؤه للسيد وان عجز فردوه الى الرق كان ولاء نصيب المعتق له ، لانه لولا اعتاقه لعاد سهمه رقيقا كسهام سائر الورثة فلما أعتقه كان هو المنعم عليه فكان الولاء له دونهم ، فأما ان أبرأه الورثة كلهم عتق وكان ولاؤه على الروايتين اللتين ذكرناهما فيما اذا أدى اليهم لان الابراء جرى مجرى استيفاء ماعليه ، ويحتمل أن يكون الولاء لهم لانهم

انعموا عليه بما عتق به ، فأشبه مالو اعتقوه وان ابرأه بعضهم من نصيبه كان فى ولائه ما ذكرنا من الخلاف والله أعلم .

(فصل) إذا باع الورثة المكاتب أو وهبوه صح بيعهم وهبتهم لأنهم يقومون مقام المكاتب ، والمكاتب يملك بيعه وهبته فكذلك ورثته ويكون عند المشترى والموهوب له مبقى على كتابته ، فإن عجز فعجزه عاد رقيقا له وان أدى وعتق كان ولاؤه لمن يؤدى اليه على الرواية التى تقول ان ولاءه للورثة إذا أدى اليهم .

وأما على الرواية الأخرى فيحتمل ان لا يصح بيعه ولا هبته لأن ذلك يقتضى إبطال سبب ثبوت الولاء للسيد الذى كاتبه وليس ذلك للورثة ، ويحتمل ان يصح ويكون الولاء للسيد ان عتق بالكتابة لأن السيد عقدها فعتق بها فكان ولاؤه له ويفارق ما باعه السيد لأن السيد ببيعه أبطل حق نفسه وله ذلك بخلاف الورثة فإنهم لا يملكون إبطال حق موروثهم .

فصل

وان وصى السيد بمال الكتابة لرجل صح فإن سلم مال الكتابة الى الموصى له أو وكيله أو وليه ان كان محجوراً عليه برىء منه وعتق وولاؤه لسيده الذى كاتبه لأنه المنعم عليه ، وان أبرأه من المال عتق أيضا لأنه برىء من مال الكتابة فأشبه مالو أدى ، وان أعتقه لم يعتق لأنه لا يملك رقبته ولا وصى له بها ، وإنما وصى له بالمال الذى عليه ، وان عجز ورد فى الرق عاد عبدا للورثة وما قبضه الوصى الموصى له من المال فهو له لأنه قبضه بحكم الوصية الصحيحة والأمر فى تعجيزه الى الورثة لان الحق ثبت لهم بتعجيزه ويصير العبد لهم فكانت الخيرة فى ذلك اليهم ، وأما الموصى له فإن حقه ووصيته تبطل بتعجيزه فلم يكن له فى ذلك حق ، وان وصى بمال الكتابة للمساكين ووصى الى رجل بقبضه وتفريقه بينهم صح ومتى سلم المال الى الوصى برىء وعتق وان أبرأه منه لم يبرأ لان الحق لغيره ، وان دفعه المكاتب الى المساكين لم يبرأ منه ولم يعتق لان التعيين الى الوصى دونه وان وصى بدفع المال الى غرمائه تعين القضاء منه كما لو وصى به عطية له وان كان إنما أوصى بقضاء ديونه مطلقا كان على المكاتب أن يجمع بين الورثة والوصى

بقضاء الدين ويدفعه إليهم بحضرته لان المال للورثة ولهم أن يقضوا الدين منه ومن غيره ، وللوصى فى قضـــاء الدين حق فيه لان لهم منعهم من التصرف فى التركة قبل قضاء الدين .

فصـــل

اذا مات رجل وخلف ابنين وعبدا فادعى العبد أن سيده كاتبه فصدقاه ثبتت الـكتابة لان الحق لهما ، وان أنـكراه وكانت له بينة بدعواه ثبتت الـكتابة وعتق بالاداء اليهما ، وان عجز فلهما رده الى الرق ، وان لم يعجزاه وصبرا عليه لم يملك الفسخ ، وان عجزه أحدهما وأبى الآخر تعجيزه بقى نصفه على الـكتابة وعاد نصفه الآخر رقيقا ، وان لم تـكن له بينة فالقول قولهم مع أيمانهما لان الاصل بقاء الرق وعدم الـكتابة وتـكون أيمانهم على نفى العلم فيحلفان بالله أنهما لا يعلمان أن أباهما كاتبه لانها يمين على نفى فعل الغير ، فإن حلفا ثبت رقه وان نـكلا قضى عليهما أو ردت اليمين عليه على قول من قضى بردها ، فيحلف العبد وتثبت الـكتابة

وان حلف أحدهما ونـكل الآخر قضى برق نصفه وكتابة نصفه ، وان صدقه أحدهما وكذبه الآخر ثبتت الـكتابة فى نصفه وعليه البينة فى نصفه الاخر ، فان لم تـكن له بينة وحلف المنكر صار نصفه مكاتبا ونصفه رقيقا قنا فان شهد المقر على أخيه قبلت شهادته لانه لا يجر بها الى نفسه نفعا ولا يدفع بها ضررا ، فان كان معه شاهد آخر كملت الشهادة وثبتت الـكتابة فى جميعه ، وان لم يشهد معه غـــيره فهل يحلف العبد معه على روايتين ، وان لم يكن عدلا أو لم يحلف العبد معه وحلف المنـكر كان نصفه مكاتبا ونصفه رقيقا ويكون كسبه بينه وبين المنـكر نصفين ونفقته من كسبه لانها على نفسه وعلى مالك نصفه ، فان لم يكن له كسب كان على المنـكر نصف نفقته ، ثم ان اتفق هو ومالك نصفه على المهايأة مناوبة أو مشاهرة أو كيفما كان جاز ، وان طلب ذلك أحدهما وامتنع الاخر فظاهر كلام أحمد أنه يجبر عليها ، وهو قول أبى حنيفة لان المنافع مشتركة بينهما فاذا أراد أحدهما حيازة نصيبه من غير ضرر لزم الاخر اجابته كالاعيان ، ويحتمل أن لا يجبر ، وهو قول الشافعى لان المهايأة تأخير حقه الحال لان المنافع فى هذا اليوم مشتركة

بينهما فلا تجب الاجابة اليه كتأخير دينه الحال ، فإن اقتسما الكسب مهايأة أو مناصفة فلم يف بأداء نجومه فللمقر رده فى الرق وما فى يده له خاصة لأن المنكر قد أخذ حقه من الكسب ، وان اختلف المنكر والمقر فيما فى يد المكاتب فقال المنكر هذا كان فى يده قبل دعوى الكتابة وكسبه فى حياة أبينا وأنكر ذلك المقر فالقول قوله مع يمينه ، لأن المنكر يدعى كسبه فى وقت الاصل عدمه فيه ، ولأنه لو اختلف هو والمكاتب فى ذلك كان القول قول المكاتب فكذلك من يقوم مقامه ، وان أدى الكتابة عتق نصيب المقر خاصة ولم يسر الى نصيب شريكه لأنه لم يباشر العتق ولم يتسبب اليه ، وإنما كان السبب من أبيه وهذا حاك عن أبيه مقر بفعله فهو كالشاهد ، ولأن المقر يزعم أن نصيب أخيه حر أيضاً لأنه قد قبض من العبد مثل ما قبض فقد حصل أداء مال الكتابة اليهما جميعا فعتق كله بذلك وولاء هذا النصف المقر لأن أخاه لا يدعيه ، وهذا المقر يدعى أنه كله قد عتق بالكتابة ، وهذا الولاء الذى على هذا النصف نصيبي من الولاء ، وقال أصحاب الشافعى فى ذلك وجهان .

أحدهما : كقولنا .

والثانى . الولاء بين الاثنين لأنه يثبت لموروثهما فكان لهما بالميراث والصحيح ما قلناه لما ذكرناه ولا يمنع ثبوت الولاء للأب واختصاص أحد الابنين به كما لو ادعى أحدهما دينا لابيه على إنسان وأنكره الآخر ، فإن المدعى يأخذ نصيبه من الدين ويختص به دون أخيه وان كان يرثه عن الاب ، وكذلك لو ادعياه معا وأقاما به شاهداً واحد لحلف أحدهما مع الشاهد وأبى الاخر ، فإن أعتق أحدهما حصته عتق وسرى الى باقيه ان كان موسراً ، وهذا قول الخرقى لقول النبى (ص) « من أعتق شركا له من عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة العدل وأعطى شركاؤه حصصهم ، ولأنه موسراً عتق نصيبه من عبد مشترك ، فسرى الى باقيه كغير المكاتب .

وقال أبو بكر والقاضى : لا تعتق إلا حصته لأنه ان كان المعتق المقر فهو منفذ وإن كان المنكر لم يصر الى نصيب المقر لأنه مكاتب لغيره وفى سراية العتق اليه إبطال سبب الولاء عليه ، فلم يجز ذلك .

« مسألة » قال (ولا يمنع المكاتب من السفر)

وجملته أن المكاتب لا يمنع من السفر قريبا كان أو بعيداً ، وهذا قول الشعبي والنخعي وسعيد بن جبير والثوري والحسن بن صالح وأبي حنيفة ، ولم يفرق أصحابنا بين السفر الطويل وغيره ، لكن قياس المذهب أن له منعه من سفر تحل نجوم كتابته قبله لأنه يتعذر معه استيفاء النجوم في وقتها والرجوع في وقته عند عجزه فمنع منه كالغريم الذي يحل عليه الدين قبل مدة سفره ، واختلف قول الشافعي فقال في موضع له السفر وفي قول ليس له السفر ، فقال بعض أصحابه فيها قولان وقال بعضهم ليست على قولين إنما هي على اختلاف حالين فالموضع الذي قال له السفر إذا كان قصيراً لأنه في حكم الحاضر ، والموضع الذي منع منه إذا كان بعيداً يتعذر معه استيفاء نجومه والرجوع في رقه عند عجزه .

ولنا أن المكاتب في يد نفسه وإنما للسيد عليه دين فأشبه الحر المدين ، وما ذكروه لا أصل له ويبطل بالحر الغريم .

فصل

فإن شرط عليه في الكتابة أن لا يسافر فقال القاضي : الشرط باطل ، وهو قول الحسن وسعيد بن جبير والشعبي والنخعي وأبي حنيفة لأنه ينافي مقتضى العقد فلم يصح شرطه كشرط ترك الاكتساب ، ولأنه غريم فلم يصح شرط ترك السفر عليه كما لو أقرضه رجل قرضا بشرط أن لا يسافر .

وقال أبو الخطاب : يصح الشرط وله منعه من السفر ، وهو قول مالك لقول النبي صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » ولأنه شرط له فيه فائدة فلزم كما لو شرط نقدا معلوما ، وبيان فائدته أنه لا يأمن إباقه وأنه لا يرجع الى سيده فيفوت العبد والمال الذي عليه ، ويفارق القرض فانه عقد جائز من جانب المقرض متى شاء طالب بأخذه ومنع الغريم السفر قبل إيفائه ، فكان المنع من السفر حاصلا بدون شرطه بخلاف الكتابة فانه لا يمكن السيد منعه من السفر إلا بشرطه ، وفيه حفظ عبده وماله فلا يمنع من تحصيله ، وهذا أصح إن شاء الله تعالى وأولى ، فعلى هذا الوجه لسيده منعه من السفر فان سافر بغير إذنه فله رده ان أمكنه ، وان

لم يمكنه رده احتمل أن له تعجيزه ورده إلى الرق لانه لم يف بما شرطه عليه أشبه ما لو لم يف بأداء الكتابة ، واحتمل أن لا يملك ذلك لانه مكاتب كتابة صحيحة لم يظهر عجزه فلم يملك تعجيزه ، كما لو لم يشترط عليه

(فصل) وإن شرط فى كتابته أن لا يسأل ، فقال أحمد قال جابر بن عبد الله هم على شروطهم ان رأيته يسأل تنهاه ، فإن قال لا أعود لم يرده عن كتابته فى مرة فظاهر هذا أن الشرط صحيح لازم وأنه ان خالف مرة لم يعجزه ، وان خالف مرتين أو أكثر فله تعجيزه .

قال أبو بكر : اذا رآه يسأل مرة فى مرة عجزه كما اذا حل نجم فى نجم عجزه ، فاعتبر المخالفة فى مرتين كحلول نجمين ، وانما صح الشرط لقوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون على شروطهم » ولأن له فى هذا فائدة وغرضا صحيحا ، وهو أن لا يكون كلا على الناس ولا يطعمه من صدقتهم وأوساخهم .

وذكر أبو الخطاب أنه لا يصح الشرط لأن الله تعالى جعل للمكاتب سهما من الصدقة بقوله تعالى (وفى الرقاب) وهم المكاتبون فلم يصح اشتراط ترك طلب ما جعله الله تعالى له .

« مسألة » قال (وليس له أن يتزوج الا باذن سيده)

وهذا قول الحسن ومالك والليث وابن ابى ليلى وابى حنيفة والشافعى وابى يوسف ، وقال الحسن بن صالح له ذلك لأنه عقد معاوضة أشبه البيع

ولنا قول النبى (ص) « أيما عبد تزوج بغير اذن مواليه فهو عاهر » ، ولان على السيد فيه ضرراً ، لأنه ربما عجز فيرجع اليه ناقص القيمة ، ويحتاج أن يؤدى المهر والنفقة من كسبه ، فيعجز عن تأدية نجومه ، فيمنع من ذلك كالتبرع به .

اذا ثبت هذا فإنه اذا تزوج لم يصح تزويجه . وقال الثورى نكاحه موقوف ان أدى تبينا أنه كان صحيحا وان عجز فنكاحه باطل

ولنا الخبر ولأنه تصرف منع منه للضرر فلم يصح كالهبة ، وما ذكروه لا أصل له .

فإذا ثبت هذا فإنه يفرق بينهما فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، وان كان بعده فعليه مهر مثلها يؤدى من كسبه لانه بمنزلة جنايته وان أتت بولد لحقه نسبه لانه من وطء فى نكاح فاسد ، فان كانت المرأة حرة فهو حر ، وان كانت أمة فولدها رقيق لسيدها ، فأما ان أذن له سيده فى النكاح صح منه فى قولهم جميعا ، فان الخبر يدل بمفهومه على صحة تزويجه اذا أذن له ، ولان المنع من نكاحه لحق سيده ، فاذا أذن له زال المانع ، ولانه لو أذن لعبده القن فى النكاح صح منه ، فالمكاتب أولى .

(فصل) وليس له التسرى بغير اذن سيده لان ملكه غير تام ، وقال الزهرى لا ينبغى لأهله أن يمنعوه من التسرى

ولنا أن ملكه ناقص وعلى السيد فيه ضرر فيمنع منه كالتزويج ، وبيان الضرر فيه انه ربما أحبلها ، والحبل عيب فى بنات آدم وربما تلفت وربما ولدت فصارت أم ولد فيمتنع عليه بيعها فى أداء كتابتها ، وان عجزت رجعت الى السيد ناقصة فاذا منع من التزويج لضرره فهذا أولى ، فأما ان أذن له سيده فى التسرى جاز له .

وقال الشافعى : لا يجوز له ذلك وان أذن فيه سيده فى أحد القولين لأنه أمر يضر به وربما أفضى الى منعه من العتق فلم يجز وان أذن فيه سيده ، ولأنه ناقص الملك فلم يجز له التسرى كوطء الجارية المشتركة

ولنا انه لو أذن لعبده القن فى التسرى جاز فالمكاتب أولى ، ولان المنع كان لاجل الضرر بالسيد فجاز تأديبه كالتزويج

اذا ثبت هذا فانه اذا تسرى باذن سيده أو غير اذنه فلا حد عليه لشبهة الملك ولا مهر عليه ، لانه لو وجب لوجب له ، ولا يجب على الانسان شىء لنفسه ، وان حبلت فالنسب لاحق به ، لأن الحد اذا سقط بالشبهة لحقه النسب ويكون الولد مملوكاً له لانه ابن أمته ولا يعتق عليه لان ملكه غير تام وليس له بيعه لانه ولده ويكون موقوفا على كتابته فان أدى عتق وعتق الولد لانه ملك لأبيه الحر ، وان عجز وعاد الى الرق فولده رقيق أيضا ويكونان مملوكين للسيد ، فأما الامة فان ولدت قبل عتقه وعجزه فانها تصير أم ولد للمكاتب وليس له بيعها

نص عليه أحمـــد لأن ولدها له حرمة الحرية ولا يجوز بيعه ويعتق بعتق أبيه فكذلك أمه ، فعلى هذا لا يجوز بيعها وتكون موقوفة على المكاتب إن عتق فهى أم ولده وإن رق رقت .

وقال القاضى فى موضع لا تصير أم ولد بحال وله بيعها لأنها حملت بمملوك فى ملك غير تام ، وللشـافعى قولان كهذين الوجهين ، وإن وضعته بعد عتقه لأقل من ستة أشهر تبينا أنها حملت به فى حال رقه فالحكم على ما مضى ، وإن أتت به لأكثر من ستة أشهر حكمنا أنها حملته حراً لأننا لم نتيقن وجوده فى حال الرق وتكون أم ولد لأنها علقت بحر فى ملكه ، وللشافعى من التفصيل نحو مما ذكرنا

(فصـــل)

وليس للمكاتب أن يزوج عبيده وإماءه بغير إذن سيده ، وهذا قول الشافعى وابن المنـذر . وذكر عن مالك أن له ذلك إذا كان على وجه النظر لأنه عقد على منفعة فملكه كالإجارة ، وهو الذى قاله أبو الخطاب فى رءوس المسائل .

وحكى عن القاضى أنه قال فى الخصال له تزويج الأمة دون العبد ، وهو قول أبى حنيفة لأنه يأخذ عوضا عن تزويجها بخلاف العبد ولأنه عقد ذمة على منافعها فأشبه إجارتها .

ولنا أن على السيد فيه ضررا لأنه ان زوج العبد لزمته نفقة امرأته ومهرها وشغله بحقوق النكاح ونقص قيمته وان زوج الأمة ملك الزوج بضعها ونقصت قيمتها وقلت الرغبات فيها ، وربما امتنع بيعها بالكلية ، وليس ذلك من جهات المكاتب فربما عجزه ذلك عن أداء نجومه وان عجز عاد رقيقا للسيد مع ما تعلق بهم من الحقوق ولحقهم من النقص فلم يجز ذلك له كإعتـــاقهم ، وفارق اجارة الدار فإنها من جهات المكاسب عادة ، فعلى هذا ان وجب تزويجهم لطلبهم ذلك وحاجتهم اليه باعهم ؛ فإن العبد متى طلب التزويج خير سـيده بين بيعه وتزويجه وان أذن له السيد فى ذلك جاز لان الحق له والمنع من أجله لجاز بإذنه .

(فصل) وليس له إعتاق رقيقه الا بإذن سيده ، وبهذا قال الحسن والاوزاعى ومالك والشافعي وأبو حنيفة لان فيه ضرراً على سيده بتفويت ماله فيما لا يحصل له

به مال فأشبه الهبة ، فان أعتق لم يصح إعتاقه ، ويتخرج أن يصح ويقف على إذن سيده .

وقال أبو بكر هو موقوف على آخر أمر المكاتب فان أدى عتق معتقه وان لم يؤد رق . قال القاضي : هذا قياس المذهب كقولنا فى ذوى الارحام انهم موقوفون .

ولنا أنه تبرع بماله بغير اذن سيده فكان باطلا كالهبة ولانه تصرف تصرفاً منع منه لحق سيده فكان باطلا كسائر ما يمنع منه ، ولا يصح قياسه على ذوى أرحامه لان عتق ذوى أرحامه ليس بتصرف منه ، وانما يعتقهم الشرع على مالكهم بملكهم والمكاتب ملكه ناقص فلم يعتق به ، فاذا عتق كمل ملكه فعتقوا حينئذ والمعتق انما يعتق بالاعتاق الذى كان باطلا فلا تتيقن صحته اذا كمل الملك لان كمال الملك فى الثانى لا يوجب كونه كاملا حين الاعتاق ، وكذلك لا يصح سائر تبرعاته بادائه ، فأما ان أذن فيه سيده صح .

وقال الشافعى فى أحد القولين لا يصح لان تبرعه بماله يفوق المقصود من كتابته وهو العتق الذى هو حق لله تعالى أو فيه حق له فلا يجوز تفويته ، ولان العتق لا ينفك من الولاء والعبد ليس من أهله ولان ملك المكاتب ناقص والسيد لا يملك اعتاق ما فى يده ولا هبته فلم يصح لانه فيه

ولنا أن الحق لا يخرج عنهما فاذا اتفقا على التبرع به جاز كالراهن والمرتهن وما ذكروه يبطل بالنكاح فانه لا يملك ولا يملكه السيد عليه واذا أذن له فيه جاز وأما الولاء فانه يكون موقوفاً فان عتق المكاتب كان له والا فهو لسيده كما يرق مماليكه من ذوى أرحامه ، هذا قول القاضى ، وقال القاضى ابوبكر: يكون لسيده لان اعتاقه انما صح باذن سيده فكان كالنائب له .

(فصـــل) والمكاتب محجور عليه فى ماله فليس له استهلاكه ولا هبته ، وبهذا قال الحسن ومالك والثورى والشافعى وأصحاب الرأى ولا أعلم فيه مخالفا لان حق سيده لم ينقطع عنه لانه قد يعجز فيعود اليه ، ولان القصد من الكتابة تحصيل العتق بالاداء وهبة ماله تفوت ذلك وان أذن فيه سيــده جاز . وقال أبو حنيفة لا يجوز لانه يفوت المقصود بالكتابة ، وعن الشافعى فيه كالمذهبين

ولنا أن الحق لا يخرج عنهما لجاز باتفاقهما كالراهن والمرتهن ، فأما الهبة بالثواب فلا تصح . وقال الشافعي في أحد قوليه تصح لأن فيها معاوضة .

ولنا أن الاختلاف في تقدير الثواب يوجب الغرر فيها ، ولأن عوضها يتأخر فتكون كالبيع نسيئة ؛ وإن أذن فيها السيد جازت وان وهب لسيده جاز لأن قبوله الهبة إذن فيها . وكذلك ان وهب لابن سيده الصغير

(فصـــل)

ولا يحـابي في البيع ولا يزيد في الثمن الذي اشترى به ، ولا يعير دابة ولا يهدى هدية وأجاز ذلك أصحاب الرأى . ويحتمل جواز إعارة دابته وهدية المأكول ودعائه اليه لان ذلك يجوز للمأذون له ولا ينحط المكاتب عن درجته . ووجه الاول أنه تبرع بماله فلم يجز كالهبة ، ولا يوصى بماله ولا يحط عن المشترى شيئا ولا يقرض ولا يضمن ولا يتكفل بأحد ، وبه قال الشافعي وأصحاب الرأى لان ذلك تبرع بماله فمنع منه كالهبة .

(فصل) وليس له أن يحج ان احتاج إلى انفاق ماله فيه ، ونقل الميموني عن أحمد : المكاتب أن يحج من المـال الذى جمعه إذا لم يأت نجمه ، وهذا محمول على أنه يحج بإذن سيده أما بغير إذنه فلا يجوز لأنه تبرع بما ينفق مالا فيه فلم يجز كالعتق .

فأما إن أمكنه الحج من غير إنفاق ماله كالذى تبرع إنســان بإحجاجه أو يخدم من ينفق عليه فيجوز إذا لم يأت نجمه لأن هذا يجرى مجرى تركه ، وليس ذلك مما يمنع منه .

(فصـــل) وليس للمكاتب أن يكاتب إلا بإذن سيده ، وهذا قول الحسن والشافعي لأن الكتابة نوع إعتاق فلم تجز من المكاتب كالمنجز ، ولأنه لا يملك الإعتاق فلم يملك الكتابة كالمأذون له في التجارة ، واختار القاضي جواز الكتابة وهو الذي ذكره أبو الخطاب في رءوس المسائل ، وهو قول مالك وأبي حنيفة والثوري والاوزاعي لانه نوع معاوضة فأشبه البيع ؛ وقال أبو بكر هو موقوف كقوله في العتق المنجز ، فإن أذن فيها السيد صحت ، وقال الشافعي فيها قولان ، وقد ذكرنا ذلك فيما تقدم فإذا كاتب عبـــده فعجزا جميعا صارا رقيقين للسيد .

وان أدى المكاتب الأول ثم أدى الثانى فولاء كل واحد منهما لمكاتبه ، وان أدى الأول وعجز الثانى صار رقيقا للأول ، وان عجز الاول وأدى الثانى فولاؤه للسيد الاول ، وان أدى الثانى قبل عتق الاول عتق ، قال أبو بكر وولاؤه للسيد وهو قول أبى حنيفة ، لأن العتق لا ينفك عن الولاء ، والولاء لا يوقف لأنه سبب يورث به فهو كالنسب ؛ ولان الميراث لا يقف كذلك سببه .

وقال القاضى : هو موقوف ان أدى عتق والولاء له والا فهو للسيد ، وهذا أحد قولى الشافعى لقول النبي صلى الله عليه وسلم « إنما الولاء لمن أعتق » ولأن العبد ليس بملك له ولا يجوز أن يثبت له الولاء على من لم يعتق فى ملكه .

وقولهم : لا يجوز أن يقف كما لم يقف النسب والميراث فليس كذلك ، فإن النسب يقف على بلوغ الغلام وانتسابه إذا لم تلحقه القافة بأحد الواطئين ، وكذلك الميراث يوقف على أن الفرق بين النسب والميراث وبين الولاء أن الولاء لا يجوز أن يقع لشخص ثم ينتقل ، وهو ما يجره موالى الأب من مولى الأم لجاز أن يكون موقوفا ، والنسب والميراث بخلاف ذلك ، فإن مات المعتق قبل عتق المكاتب وقلنا الولاء للسيد ورثه ، وان قلنا هو موقوف فميراثه أيضا موقوف .

(فصل)

وليس له أن يبيع نسيئة وان باع السلعة بأضعاف قيمتها وهذا مذهب الشافعى لان فيه تغريراً بالمال وهو ممنوع من التغرير بالمال لتعلق حق السيد به .

قال القاضى : ويتخرج الجواز بناء على الضارب أن له البيع نسيئة فى إحدى الروايتين فيخرج ههنا مثله ، وسواء أخذ بالثمن ضمينا أو رهنا أو لم يأخذ لان الغرر لم يزل ، فان الرهن يحتمل أن يتلف .

ويحتمل أن يفلس الغريم والضمين ، ويحتمل أن يجوز مع الرهن أو الضمين لان الوثيقة قد حصلت به والعوارض نادرة على خلاف الاصل ، فان باع بأكثر مما يساوى حالا وجعل الزيادة مؤجلة جاز لان الزيادة ربح ، وان اشترى نسيئة جاز لانه لا غرر فيه ولا يجوز أن يدفع به رهنا ، لان الرهن أمانة وقد يتلف أو يجحده الغريم ، وليس له أن يدفع ماله سلما لانه فى معنى البيع نسيئة وله أن

يستسلف فى ذمته لانه فى معنى الشراء نسيئة ، وليس له أن يقرض لأنه تبرع بالمال وفيه خطر به ، وله أن يقترض لأنه ينتفع بالمال وليس له أن يدفع ماله مضاربة لأنه يسلمه الى غيره فيغرر به ، وله أن يأخذ المال قراضا لأنه من أنواع الكسب ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله على ما ذكرنا .

(فصل) وللمكاتب أن يبيع ويشترى باجماع من أهل العلم لان عقد الكتابة لتحصيل العتق ، ولا يحصل إلا بأداء عوضه ، ولا يمكنه الاداء الا بالاكتساب والبيع والشراء من أقوى جهات الاكتساب ، فانه قد جاء فى بعض الآثار أن تسعة أعشار الرزق فى التجارة ، وله أن يأخذ ويعطى فيما فيه الصلاح لماله والتوفير عليه وله أن ينفق مما فى يده من المال على نفسه فى مأكله ومشربه وكسوته بالمعروف مما لا غناء له عنه ، وعلى رقيقه والحيوان الذى له ، وله تأديب عبيده وتعزيرهم إذا فعلوا ما يستحقون ذلك لانه من مصلحة ملكه فملكه كالنفقة عليهم ، ولا يملك إقامة الحد عليهم لان هذا موضع ولاية وليس هو من أهلها ، وله المطالبة بالشفعة والاخذ بها لانه نوع شراء ، فان كان المشترى للشقص سيده فله أخذه منه لان له أن يشترى منه .

وان اشترى المكاتب شقصا لسيده فيه شركة فله أخذه من المكاتب بالشفعة لانه مع سيده فى باب البيع والشراء كالاجنبى ، وان وجبت للسيد على مكاتبه شفعة فادعى المكاتب أن سيده عفا عنها سمعت دعواه ، وان أنكره السيد كان عليه اليمين وإن أذن السيد لمكاتبه فى البيع بالمحاباة صح منه وكان لسيده الأخذ بالشفعة لأن بيعه بالمحاباة مع إذن سيده فيه صحيح ، ويصح إقرار المكاتب بالبيع والشراء والعيب والدين لانه يصح تصرفه فيه بذلك ، ومن ملك شيئا فله الإقرار به

« مسألة » قال (ولا يبيعه سيده درهما بدرهمين)

وجملته أن الربا يجرى بين العبد وبين سيده فلم يجز أن يبيعه درهما بدرهمين كالاجنبيين ، وقال ابن أبى موسى : لا ربا بينهما لانه عبد فى الاظهر من قوله ، ولا ربا بين العبد وسيده ، ولهذا جاز أن يعجل لسيده ويضع عنه بعض كتابته ، وله وطء مكاتبته إذا شرط ، ولو حملت منه صارت له بذلك أم ولد .

ووجه قول الخرقي أن السيد مع مكاتبه في باب المعاملة كالأجنبي ، بدليل أن لكل واحد منهما الشفعة على صاحبه ولا يملك كل واحد منهما التصرف فيما في يد صاحبه ، وإنما يتعلق لسيده حق فيما بيده لكونه بعرضية أن يعجزه فيعود اليه وهذا لا يمنع جريان الربا بينهما كالأب مع ابنه ، فعلى هذا القول لا يجوز التفاضل بينهما فيما يحرم التفاضل فيه بين الأجنبيين ولا النساء فيما يحرم النساء فيه بين الأجانب .

(فصل)

فإن كان لكل واحد منهما على صاحبه دين ، مثل أن كان للسيد على المكاتب دين من الكتابة أو غيرها والمكاتب على سيده دين وكانا نقداً من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلا واحداً تقاصا وتساقطا لانهما إذا تساقطا بين الاجانب فمع السيد ومكاتبه أولى ، وان كانا نقدين من جنسين كدراهم ودنانير فقال ابن أبي موسى لو كان له على سيده ألف درهم ولسيده عليه مائة دينار فجعلها قصاصا بها جاز بخلاف الحرين .

وقال القاضي : لا يجوز هذا لانه بيع دين بدين ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الدين بالدين ، ولأنه لا يجوز بين الاجنبيين فلم يجز بين المكاتب وسيده كسائر المحرمات ، وفارق العبد القن فإنه باق في تصرف سيده وما في يده ملك خالص لسيده له أخذه والتصرف فيه ، فعلى هذا لا يجوز مع التراضي به ، وعلى قول أبي موسى يجوز إذا تراضيا بذلك وتبايعاه ولا يثبت التقابض قبل تراضيهما به لانه بيع .

فأما ان كان عرضين أو عرضا ونقدا لم تجز المقاصة فيهما بغير تراضيهما بحال سواء كان القرض من جنس حقه أو غير جنسه ، وان تراضيا بذلك لم يجز أيضا لانه بيع دين بدين ، وان قبض أحدهما من الاخر حقه ثم دفعه الى الاخر عوضا عن ماله في ذمته جاز اذا لم يكن الثابت في الذمة عن سلم ، فإن ثبت عن سلم لم يجز أخذ عوضه قبل قبضه ، وفي الجملة أن حكم المكاتب مع سيده في هذا حكم الاجانب إلا على قول ابن أبي موسى الذي ذكرناه والله أعلم .

« مسألة » قال (وليس للرجل أن يطأ مكاتبته إلا أن يشترط)

الـكلام فى هذه المسألة فى فصلين .

أحدهما : فى وطئها بغير شرط وهو حرام فى قول أكثر أهل العلم منهم سعيد ابن المسيب والحسن والزهرى ومالك والليث والثورى والأوزاعى والشافعى وأصحاب الرأى وقيل له وطؤها فى الوقت الذى لا يشغلها الوطء عن السعى عما هى فيه لانها ملك يمينه فتدخل فى عموم قوله تعالى (أو ماملـكت أيمانكم) .

ولنا . أن الـكتابة عقد أزال ملك استخدامها وملك عوض منفعة بضعها فيما إذا وطئت بشبهة فأزال حل وطئها كالبيع والاية مخصوصة بالمزوجة فنقيس عليها محل النزاع ولان الملك ههنا ضعيف لانه قد زال عن منافعها جملة ولهذا لو وطئت بشبهة كان المهر لها وتفارق أم الولد فإن ملـكه باق عليها وإنما يزول بموته فأشبهت المدبرة والموصى بها وانما امتنع البيع لأنها استحقت العتق بموته استحقاقا لازما لا يمـكن زواله .

الفصل الثانى : اذا شرط وطأها فله ذلك ، وبه قال سعيد بن المسيب ، وقال سائر من ذكرنا ليس له وطؤها لانه لايملـكه مع إطلاق العقد فلم يملـكه بالشرط كما لو زوجها أو أعتقها .

وقال الشافعى : إذا شرط ذلك فى عقد الـكتابة فسد لانه شرط فاسد فأفسد العقد كما لو شرط عوضا فاسداً ، وقال مالك لا يفسد العقد به لانه لا يخل بركن العقد ولا شرطه فلم يفسده كالصحيح .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسـلم « المؤمنون عند شروطهم » ولانها مملوكة له شرط نفعها فصح كشرط استخدامها ، يحقق هذا أن منعه من وطئها مع بقاء ملـكه عليه ووجود المقتضى لحل وطئها إنما كان لحقها فإذا شرطه عليها جاز كالخدمة ولانه استثنى بعض ما كان له فصح كاشتراط الخدمة وفارق البيع لانه يزيل ملـكه عنها .

(فصل) فإن وطئها مع الشرط فلا حد عليه ولا تعزير ولا مهر لانه وطء يملـكه ويباح له فأشبه وطأها قبل كتابتها ، وان وطئها من غير شرط فقد أساء

وعليه التعزير لانه وطء محرم ولا حد عليه فى قول عامة الفقهاء لا نعلم فيه خلافا إلا عن الحسن والزهرى فانهما قالا عليه الحد لانه عقد عليها عقد معاوضة يحرم الوطء فأوجب الحد بوطئها كالبيع .

ولنا أنها مملوكته فلم يجب الحد بوطئها كأمته المستأجرة والمرهونه وتخالف البيع فانه يزيل الملك ، والكتابه لا تزيله بدليل قوله عليه السلام « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وعليه مهرها لها لانه استوفى منفعتها الممنوع من استيفائها فكان عليه عوضها كمنافع بدنها .

(فصـــل)

وان أولدها صارت أم ولد له ، سواء وطئها بشرط أو بغير شرط ، لانه أحبلها بحر فى ملكه فكانت أم ولده كغير المكاتبة والولد حر لانه ولده من مملوكته ويلحقه نسبه لذلك ولانه من وطء سقط فيه الحد للشبهة فأشبه ولد المغرور ولا تلزمه قيمته لانها وضعته فى ملكه .

(فصل) وليس له وطء بنتها لانها تابعة لامها موقوفة معها فلم يبح وطؤها كأمها ولا يباح ذلك بالشرط لان حكم الكتابة ثبت فيها تبعا ولم يكن وطؤها مباحا حال العقد بشرطه فان وطئها فلا حد عليه لانها ملكه ويأثم ويعزر لانه وطىء فرجا محرما ولها مهر عليه حكمه حكم كسبها يكون لامها تستعين به فى كتابتها لان ذلك سبب حريتها وان أحبلها صارت أم ولد له والولد حر لانه أحبلها بحر فى ملكه ويلحقه نسبه ولا تجب عليه قيمتها لان أمها لا تملكها ولا قيمة ولدها لانها وضعته فى ملكه .

(فصل) وليس له وطء جارية مكاتبته ولا مكاتبه اتفاقا فان فعل أثم وعزر ولا حد عليه لشبهة الملك لانه يملك مالكها وعليه مهرها لسيدها وولده منها حر يلحقه نسبه لان الحد سقط لشبهة الملك وتصير أم ولد له وعليه قيمتها لسيدها لانه أخرجها بوطئه عن ملكه وكان عليه قيمتها لسيده ولا تجب عليه قيمة الولد لانها وضعته فى ملكه ، ويحتمل أن تلزمه قيمته لانه أخرجه بوطئه عن أن يكون مملوكا لسيدها فأشبه ولد المغرور .

(فصل)

ولا يملك إجبار مكاتبته ولا ابنتها ولا أمتها على التزويج لانه زال ملكه بعقد الكتابة عن نفعها ونفع بضعها وعن عوضه وليس لواحدة منهما التزوج بغير اذن لان عليه ضررا فى ذلك ، فانه يثبت للزوج حقا فيها ، فربما عجزت وعادت اليه على وجه لا يملك وطأها ، فان تراضيا بذلك جاز لان الحق لا يخرج عنهما وهو وليها وولى ابنتها وجاريتها جميعا لان الملك له فأشبه الجارية القن والمهر للمكاتبة على ما ذكرنا فى مهرهن اذا وطئهن السيد

« مسألة » قال (فان وطئها ولم يشترط أدب ولم يبلغ به حد الزانى وكان عليه مهر مثلها)

وجملة الامر أن السيد اذا وطىء مكاتبته من غير شرط فقد ذكرنا أنه لا حد عليه لكن ان كانا عالمين بالتحريم عزرا وان كانا جاهلين عزرا ، وان كان أحدهما عالما والآخر جاهلا عزر العالم وعزر الجاهل ولا يخرج بالوطء عن الكتابة ، وقال الليث : ان طاوعته فقد فسخت كتابتها وعادت قنا :

ولنا أنه عقد لازم فلم ينفسخ بالمطاوعة على الوطء كالاجارة والبيع بعد لزومه فأما المهر فانه يجب لها أكرهها أو طاوعته ، وبه قال الحسن والثورى والحسن ابن صالح والشافعى .

وقال قتادة : يجب اذا أكرهها ولا يجب اذا طاوعته . ونقله المزنى عن الشافعى ، لان المطاوعة بذلت نفسها بغير عوض فصارت كالزانية ، ومنصوص الشافعى وجوبه فى الحالين ، وأنكر أصحابه ما نقله المزنى وقالوا لا يعرف ، قال مالك لا شيء عليه لانها ملكه .

ولنا أنه عوض منفعتها فوجب لها كعوض بدنها ؛ ولان المكاتبة فى يد نفسها ومنافعها لها ولهذا لو وطئها أجنبى كان المهر لها وإنما وجب فى حال المطاوعة لان الحد يسقط عنه لشبهة الملك فوجب لها المهر كما لو وطىء امرأة بشبهة عقد مطاوعة ، فان تكرر وطؤها وكان قد أدى مهر الوطء الاول فللثانى مهر أيضا لان الاداء قطع حكم الوطء الاول ، وان لم يكن أدى عن الاول لم يجب إلا مهر

واحد لأن هذا عن وطء الشبهة فلم يكن إلا مهراً واحداً كالوطء في النكاح الفاسد

(فصل) وإذا وجب لها المهر فإن كان لم يحل عليها نجم فلها المطالبة ، وان كان قد حل عليها فكان المهر من غير جنسه فلها المطالبة به أيضا ، وإن كان من جنسه تقاصا وأخذ ذو الفضل فضله

« مسألة » قال (فإن علقت منه فهى مخيرة بين العجز وتكون أم ولد وبين المضى على كتابتها ، فإن أدت عتقت ، وان عجزت عتقت بموته ، وان مات قبل عجزها انعتقت لأنها من أمهات الأولاد ويسقط عنها ما بقى من كتابتها وما فى يدها لورثة سيدها)

وجملته أن السيد اذا استولد مكاتبته فالولد حر لأنه من مملوكته ونسبه لاحق به ولا تجب قيمته لذلك وتصير أم ولد له لذلك ولا تبطل كتابتها لأنه عقد لازم من جهة سيدها ، وقد اجتمع لها سببان يقتضيان العتق أيهما سبق صاحبه ثبت حكمه . هذا قول الزهرى ومالك والثورى والليث والشافعى وأصحاب الرأى وابن المنذر . وقال الحكم تبطل كتابتها لأنها سبب للعتق فتبطل بالاستيلاد كالتدبير

ولنا أنها عقد معاوضة فلا تبطل بالوطء كالبيع ، ولأنها سبب للعتق لا يملك السيد الرجوع عنه فلم تبطل بذلك كالتعليق بصفة ، وما ذكروه يبطل بالتعليق بالصفة ، وتفارق الكتابة التدبير من وجوه :

أحدها أن حكم التدبير والاستيلاد واحد وهو العتق عقيب الموت والاستيلاد أقوى لأنه يعتبر من رأس المال ولا سبيل الى إبطاله بحال فاستغنى به عن التدبير والكتابة سبب يتعجل بها العتق بالاداء ويكون ما فضل من كسبها لها ويملك بها منافعها وكسبها وتخرج عن تصرف سيدها ، وهذا لا يحصل بالاستيلاد فيجب أن تبقى لبقاء فائدتها .

الثانى : ان الكتابة أقوى من التدبير للزومها وكونها لا تبطل بالرجوع عنها ولا ببيع المكاتب ولا هبته .

الثالث : أن التدبير تبرع والكتابة عقد معاوضة لازم .

فاذا ثبت هذا فإنه يجتمع لها سببان كل واحد منهما يقتضى الحرية ، فأيهما تم قبل صاحبه ثبتت الحرية به كما لو انفرد ، لأن انضمام أحدهما الى الآخر مع كونه لا ينافيه لا يمنع ثبوت حكمه ، فإن أدت عتقت بالكتابة وما فضل من كسبها فهو لها لأن المعتق بالكتابة له ما فضل من نجومه .

وإن عجزت وردت فى الرق بطل حكم الكتابة وبقى لها حكم الاستيلاد منفردا كما لو لم تكن مكاتبة وله وطؤها وتزويجها وإجارتها وتعتق بموته وما فى يدها لورثة سيدها ، وإذا مات سيدها قبل عجزها انعتقت لأنها أم ولد وتسقط الكتابة لأن الحرية حصلت فسقط العوض المبذول فى تحصيلها كما لو باشرها سيدها بالعتق ومافى يدها لورثة سيدها فى قول الخرقى وأبى الخطاب لأنها عتقت بحكم الاستيلاد وبطل حكم الكتابة فأشبهت غير المكاتبة .

وقال القاضى فى المجرد وابن عقيل فى كتابه : ما فضل فى يدها لها وهو قول الشافعى ، لأن العتق اذا وقع فى الكتابة لا يبطل حكمها كالابراء من نجوم الكتابة ولان ملكها كان ثابتا على مافى يدها ولم يحدث الا ما يزيل حق سيدها عنها فيقتضى زوال حقه عما فى يدها وتقرير ملكها وخلوصه لها كما اقتضى ذلك فى نفسها ، وهذا أصح والله أعلم .

(فصـــل)

وان أعتقها سيدها عتقت وسقطت كتابتها وما فى يدها لها فى قول القاضى ومن وافقه ، فأما على قول الخرقى ومن وافقه فقياسه أن يكون لسيدها كما لو عتقت بالاستيلاد ، ويحتمل أن يكون لها على قولهم أيضا لان السيد أعتقها برضاه فيكون رضا منه بإعطائها مالها بخلاف العتق بالاستيلاد ، فإنه حصل بغير رضا الورثة واختيارهم ، ولأنه لو كان مال المكاتب يصير للسيد بإعتاقه لتمكن السيد من أخذ مال المكاتب متى شاء ، فمتى كان له غرض فى أخذ ماله اما لكثرته وفضله عن نجوم كتابته ، واما لغرض له فى بعض أعيان ماله أعتقه وأخذ ماله ، وهذا ضرر على المكاتب لم يرد الشرع به ولا يقتضيه عقد الكتابة فوجب أن لا يشرع

(فصل) وان أتت بولد من غير سيدها بعد استيلادها فله حكمها فى العتق

بكل واحد من السببين أيهما سبق عتق به كالام سواء ، لأنه بائع لها فيثبت له ما يثبت لها ، وان ماتت المكاتبة بقى للولد سبب الاستيلاد وحده ، وان اختلفا فى ولدها فقالت ولدته بعد كتابتى أو بعد ولادتى ، وقال السيد بل قبله ، فقال أبو بكر القول قول السيد مع يمينه .

وهذا قول الشافعى لأن الاصل كون الامة وولدها رقيقا لسيدهما التصرف فيهما وهى تدعى مايمنع التصرف ، وان زوج مكاتبه أمته ثم باعها منه واختلفا فى ولدها فقال السيد هو لى لانها ولدته قبل بيعها لك ، وقال المكاتب بل بعده فالقول قول المكاتب لانهما اختلفا فى ملكه ويد المكاتب عليه فكان القول قول صاحب اليد مع يمينه كسائر الاموال ، ويفارق ولد المكاتبة لانها لا تدعى ملكه .

﴿ فصـــل ﴾

إذا كانت الامة بين شريكين فكاتباها ثم وطئها أحـــدهما أدب فوق أدب الواطىء لمكاتبته الخالصة له لان الوطء ههنا حرم من وجهين الشركة والكتابة فهو آكد وإثمه أعظم وأدبه أكثر وعليه مهر مثلها على ما أسلفناه فيما إذا كان السيد واحداً ، فان لم يكن حل نجم قبضت المهر فاذا حل نجمها سلمته اليهما وان حل نجمها وهو من جنس مال الكتابة وكان فى يدهـا بقدره دفعته الى الذى لم يطأها واحتسبت على الواطىء بالمهر ، وان لم يكن فى يدها شىء وكان بقدر نجمها أو دونه أخذت من الواطىء نصفه وسلمته الى الآخر ، وان لم يكن من جنس مال الكتابة فاتفقا على أخذه عوضا عن مال الكتابة فالحكم فيه كما لو كان من جنسها وان لم يتفقا قبضته ودفعته مما عليها من مال الكتابة من عوضه أو غيره وان عجزت فسخا الكتابة وكان فى يدها بقدر المهر أخذه الذى لم يطأ وسقط المهر من ذمة الواطىء ، وان لم يكن فى يدها شىء كان للذى لم يطأ أن يرجع على الواطىء بنصفه لانه وطىء جارية مشتركة بينهما ، فان حبلت منه صارت أم ولد له وعليه نصف قيمتها لشريكه مع نصف المهر الواجب لها موسراً كان أو معسراً الا أنه ان كان موسراً أداه فى الحال ، وان كان معسراً فهو فى ذمته .

هذا ظاهر كلام الخرقى ، ذكر مثل هذا فى باب العتق ، فعلى هذا تصير أم ولد

للواطىء ومكاتبته له كأنه اشتراها وتكون مبقاة على ما بقى من كتابتها وتعتبر قيمتها بما تساوى مكاتبته مبقاة على ما بقى عليها من كتابتها .

واختار القاضى أنه ان كان معسراً لم يسر الاحبال لانه بمنزلة الإعتاق بالقول يعتبر اليسار فى سرايته ونصيب الواطىء قد ثبت له حكم الاستيلاد وحكم الكتابة ونصيب شريكه لم يثبت له الا حكم الكتابة ، فان أدت اليهما عتقت وبطل حكم الاستيلاد ، وان عجزت وفسخا الكتابة ثبت لنصفها حكم الاستيلاد ونصفها قن لا يقوم على الوارث ، وان كان موسرا لانه ليس بمعتق .

وان مات الواطىء قبل عجزها عتق نصيبه وسقط حكم الكتابة فيه وكان الباقى مكاتباً ، وان كان الواطىء موسرا فقد ثبت لنصفها حكم الاستيلادونصفهاالآخر موقوف ، فان أدت اليهما عتقت كلها وولاؤها لهما ، وان عجزت وفسخا الكتابة قومناها حينئذ على الواطىء فيدفع الى شريكه قيمة نصيبه وتصير جميعها أم ولد له فان مات عتقت عليه وكان ولاؤها له ، وهذا مذهب الشافعى .

وله قول آخر أنها تقوم على الموسر وتبطل الكتابة فى نصف الشريك وتصير جميعها أم ولد نصفها مكاتبا للواطىء ، فان أدت نصيبه اليه عتقت وسرى الى الباقى لانه ملكه وعتق جميعها ، وان عجزت ففسخ الكتابة كانت أم ولد له خاصة فاذا مات عتقت كلها .

ولنا أن بعضها أم ولد فكان جميعها كذلك كما لو كان الشريك موسرا ، يحقق هذا أن الولد حاصل من جميعها وهو كله من الواطىء ونسبه لاحق به فيجب أن يثبت ذلك لجميعها ، ويفارق الاعتاق فانه أضعف على ما بينا من قبل .

ولنا على أن الكتابة لا تبطل بالتقويم أنها عقد لازم فلا تبطل مع بقائها بفعل صدر منه ، كما لو استولدها وهى فى ملكه ، وكما لو لم تحبل منه ، فأما الولد فانه حر لانه من وطء فيه شبهة ونسبه لاحق به كذلك ، ولا يلزمه قيمته لانها وضعته فى ملكه .

وروى عن أحمد فى هذا روايتان . احداهما : لا تجب قيمته لان نصيب شريكه انتقل اليه من حين العلوق وفى تلك الحال لم تكن له قيمة فلم يضمنه .

والثانية : عليه نصف قيمته لأنه كان من سبيل هذا النصف أن يكون مملوكا لشريكه فقد تلف رقه عليه فكان عليه نصف قيمته

وقال القاضي : هذه الرواية أصح على المذهب ، وذكر هاتين الروايتين أبو بكر ، واختار إنها إن وضعته بعد التقويم فلا شيء على الواطىء وإن وضعته قبل التقويم غرم نصف قيمته ، فإن ادعى الواطىء الاستبراء وأتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين الاستبراء لم يلحق به ولم تصر أم ولد وكان حكم ولدها حكمها . وإن أتت به لأقل من ستة أشهر من حين الاستبراء لحق به ، كما لو كان قبل الاستبراء ، لأنا تبينا أنها كانت حاملا وقت الاستبراء ، فلم يكن ذلك استبراء .

(فصل) وإن وطئاها جميعا فقد وجب لها على كل واحد منهما مهر مثلها ، فإن كانت فى الحالين على صفة واحدة فهما سواء فى الواجب عليهما ، وان كانت بكراً حين وطئها الأول فعليه مهر بكر وعلى الآخر مهر ثيب فإن كان نجمها لم يحل فلها مطالبتهما بالمهرين ، وان كان النجم قد حل وهو من جنس المهر تقاصا على ما ذكرنا فى المقاصة ، فإن أدت اليهما عتقت وكان لها المطالبة بالمهرين ، وإن عجزت عن نفسها وفسخا الكتابة بعد قبضها المهرين لم يملك أحدهما مطالبة الآخر بشيء لأنها قبضتهما وهي مستحقة لذلك ، فإن كانا فى يدها اقتسماهما وان تلفا أو بعضهما فلا شيء لهما لان السيد لا يثبت له دين على مملوكه ، وإن كان الفسخ قبل قبض المهرين وهما سواء سقط عن كل واحد ماعليه ، وان كان أحدهما أكثر من الآخر تقاص منهما بقدر أقلهما على الآخر بنصف الزيادة ، وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر رجع المقبوض منه على الآخر بنصف ما عليه ، وإن قبضت البعض من أحدهما دون الآخر ، أو قبضت من أحدهما أكثر من الآخر رجع من قبض منه الاكثر على الآخر بنصف الزيادة التى أداها ، وإن أفضاها أحدهما بوطئه فعليه لها ثلث قيمتها ، لان الافضاء فى الحرة يوجب ثلث ديتها فوجب فى الامة ثلث قيمتها مع المهر

(فصل) ويحتمل أن يلزمه فى الإفضاء قدر نقصها ، وقال القاضي : تلزمه قيمتها وهو مذهب الشافعي ، والخلاف فى ذلك فرع على الواجب فى إفضاء الحرة

وقد ذكرناه ، فإن فسخت الكتابة رجع من لم يفضها على الاخر بنصف قيمة الافضاء على الخلاف الذى ذكرناه . وان ادعى كل واحد منهما على الاخر أنه الذى أفضاها أو وطئها حلف كل واحد منهما وبرىء ، وإن نكل أحدهما قضى عليه وإن كان الخلاف فى ذلك قبل عجزها فادعت على أحدهما فالقول قوله مع يمينه . وإن ادعت على أحدهما غير معين لم تسمع الدعوى

(فصـل) فإن أولدها كل واحد منهما واتفقا على السابق منهما فعلى قول الخرقى تصير أم ولد له وولده حر لاحق النسب به ، والخلاف فى ذلك كالخلاف فيما اذا انفرد بإيلادها سواء .

وأما الثانى فعلى قول الخرقى قد وطىء أم ولد غيره بشبهة وأولدها فلا تصير أم ولد له لأنها مملوكة غيره فأشبه مالو باعها ثم أولدها وعليه مهرها لها لان الكتابة لم تبطل والولد حر لانه من وطء شبهة وعليه قيمته الأول لانه فوت رقه عليه فكان من سبيله أن يكون رقيقا له حكمه حكم أمه فتلزمه قيمته على هذه الصفة وقد ذكرنا فى وجوب نصف قيمة الاول خلافا .

فإن قلنا بوجوبها تقاصا بما لكل واحد منهما على صاحبه فى القدر الذى تساويا فيه ويرجع ذو الفضل بفضله وتعتبر القيمة يوم الولادة لأنها أول حال أمكن التقويم فيها . وذكر القاضى فى هذه المسألة أربعة أحوال

أحدها : أن يكونا موسرين فالحكم على ما ذكرنا ، إلا أنه جعل المهر الواجب على الثانى للأول . وهذا مذهب الشافعى ولا يصح لان الكتابة لا تبطل بالاستيلاد ، ومهر المكاتبة لها دون سيدها ، ولان سيدها لو وطئها لوجب عليه المهر لها ، فلأن لا يملك المهر الواجب على غيره أولى ، ولانه عوض نفعها فكان لها كأجرتها .

الثانى . أن يكون الاول موسرا والثانى معسراً فيكون كالحال الذى قبله سواء ، قال القاضى : الا أن ولده يكون مملوكاً لإعساره بقيمته ، وهذا غير صحيح لان الولد لا يرق لإعسار والده بدليل ولد المغرور من أمة ، والوطء بشبهة وكل موضع حكمنا بحرية الولد لا يختلف بالاعسار واليسار ، وإنما يعتبر اليسار فى

سراية العتق وليس عتق هذا بطريق السراية إنما هو لاجل الشبهة فى الوطء فلا وجه لاعتبار اليسار فيه والصحيح أنه حر وتجب قيمته فى ذمة أبيه

الحال الثالث : أن يكونا معسرين فانها تصير أم ولد لهما جميعا نصفها أم ولد للأول ونصفها أم ولد للثانى ، قال وعلى كل واحد منهما نصف مهرها لصاحبه وفى ولد كل واحد منهما وجهان . أحدهما أن يكون كله حراً وفى ذمة أبيه نصف قيمته لشريكه :

والثانى : نصفه حر وباقيه عبد لشريكه إلا أن نصف ولد الأول عبد قن لانه تابع للنصف الباقى من الام ، وأما النصف الباقى من ولد الثانى فحكمه حكم أمه لانه ولد منها بعد أن ثبت لنصفها حكم الاستيلاد للاول فكان نصفه الرقيق تابعا لها فى ذلك ، ولعل القاضى أراد ما اذا عجزت وفسخت الكتابة ، فأما اذا كانت باقية على الكتابة فان لها المهر كاملا على كل واحد منهما ، وإذا حكم برق نصف ولدها وجب أن يكون له حكمها فى الكتابة ، لان ولد المكاتبة يكون تابعا لها .

الحال الرابع : أن يكون الاول معسراً والثانى موسراً فحكمه حكم الثالث سواء الا أن ولد الثانى حر لان الحرية ثبتت لنصفه بفعل أبيه وهو موسر فسرى الى جميعه وعليه نصف قيمته لشريكه ولم تقوم عليه الأم لأن نصفها أم ولد للاول ، ولو صح هذا لوجب أن لايقوم عليه نصف الولد لأن حكمه حكم أمه فى هذا فاذا منع حكم الاستيلاد السراية فى الام منعه فيما هو تابع لها ، ومذهب الشافعى فى هذه المسألة قريب مما ذكر القاضى .

﴿ فصل ﴾

وان اختلفا فى السابق منهما فادعى كل واحد منهما أنه السابق فعلى قولنا لها المهر على كل واحد منهما ، وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف قيمة الجارية لأنه يقول صارت أم ولد لى باحبالى إياها ووجب لشريكى على نصف قيمتها ولى عليه قيمة ولده لانه يقول : أولدتها بعد أن صارت أم ولد لى ، وهل يكون مقراً له بنصف قيمة ولده ؟ على وجهين سبق ذكرهما ، فعلى هذا ان استوى ما يدعيه وما يقر به تقاصا وتساقطا ولا يمين لواحد منهما على صاحبه لأنه

يقول لى عليك مثل ما لك على والجنس واحد فتساقطا وإن زاد مايقر به فلا شيء عليه لأن خصمه يكذبه فى إقراره ، وان زاد ما يدعيه فله اليمين على صاحبه فى الزيادة ، ويثبت للأمة حكم العتق فى نصيب كل واحد منهما بموته لإقراره بذلك ، ولا يقبل قوله على شريكه فى إعتاق نصيبه .

وقال أبو بكر فى الامة قولان . أحدهما يقرع بينهما فتكون أم ولد لمن تقع القرعة له . والثانى تكون أم ولد لهما ولا يطؤها واحد منهما . قال وبالاول أقول ، وأما القاضى فاختار أنهما إن كانا موسرين فكل واحد منهما يدعى المهر على صاحبه ويقر له بنصفه ، وهذا مذهب الشافعى لان المهر عندهم لسيدها دونها ولا يعتق شيء منها بموت الاول لاحتمال أن تكون أم ولد للآخر ، وأما اذامات الآخر عتقت لان سيدها قد مات يقينا ، وان كانا معسرين فكل واحد منهما مقر بأن نصفها أم ولده ، ويصدقه الاخر لان الاستيلاد لا يسرى مع الاعسار وكل واحد منهما يقر لصاحبه بنصف المهر والاخر يصدقه فيتقاصان ان تساويا ، وان فضل أحدهما صاحبه نظرت فإن كان كل واحد منهما يدعى الفضل تحالفا وسقط وان كان كل واحد منهما يقر للآخر بالفضل سقط لتكذيب المقر له به .

وفى الولد وجهان :

أحدهما يكون حراً فيكون كل واحد منهما يدعى على الاخر نصف قيمة الولد والوجه الثانى نصفه حر ، فيقر بأن نصف الولد مملوك لشريكه ، فيكون الولدان بينهما من غير يمين . وعلى الوجه الاول يتقاصان ان تساوت قيمة الولدين ، ولا يمين فى الموضعين ، فأيهما مات عتق نصيبه وولاؤه له ، وان كان أحدهما موسراً والاخر معسراً فالموسر يقر للمعسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد ونصف مهرها ويدعى عليه جميع المهر وقيمة الولد ؛ والمعسر يقر للموسر بنصف المهر ونصف قيمة الولد فيسقط اقرار الموسر للمعسر بنصف قيمة الجارية لكونه لا يدعيه ولا يصدقه فيه ويتقاصان بالمهر لاستوائهما فيه ويدفع المعسر الى الموسر نصف قيمة الولد لإقراره به ، ويحلف على ما يدعيه عليه من الزيادة لأنه ادعى عليه جميع قيمة الولد فأقر له بنصفها ، ويحلف له الموسر على نصف قيمة الولد الذى ادعاه المعسر عليه .

فأما الجارية فإن نصيب الموسر منها أم ولد بغير خلاف بينهما فيه وباقيها يتنازعانه فإن مات الموسر أولا عتق نصيبه وولاؤه لورثته فإذا مات المعسر عتق باقيها وإن مات المعسر أولا لم يعتق منها شيء فإذا مات الموسر عتق جميعها ويجيء على قول أبي بكر أن يقرع بينهما في النصف المختلف فيه .

(فصـــل)

فإن وطئاها معاً فأتت بولد لم يخل من ثلاثة أقسام :

أحدها : أن لا يمكن أن يكون من واحد منهما ، مثل أن تأتي به بعد استبرائها منهما أو بعد أربع سنين منذ وطئها كل واحد منهما ، أو قبل مضي ستة أشهر منذ وطئها كل واحد منهما فان الولد منفي عنهما وهو مملوك لهما حكمه حكم أمه في العتق بأدائها . واذا ادعى كل واحد منهما الاستبراء قبل منه لأن دعوى الاستبراء في الأمة كاللعان في الحرة .

القسم الثاني : أن يكون من أحدهما بعينه دون صاحبه فالحكم فيه كالحكم فيما إذا ولدت من أحدهما بعينه من وجوب المهر لها وقيمة نصفها لشريكه مع الخلاف في ذلك . وأما الذي لم تحبل من وطئه فان كان الاول فعليه المهر لها وان كان هو الثاني فقد وطيء أم ولد غيره ، فان كانت الكتابة باقية فعليه المهر لها أيضا ، وان كانت الكتابة قد فسخت فالمهر للذي استولدها وقد وجب للثاني على الاول نصف قيمتها ، وفي قيمة نصف الولد روايتان ، فان كان المهر للاول تقاصا بقدر أقل الحقين ، وان كان المهر لها رجع بحقه على الذي أحبلها . وأما القاضي فقال في هذا القسم : الحكم في الاول كالحكم فيه اذا انفرد بالوطء على ما مضى من التفصيل والتطويل .

وأما الثاني فان وطئها بعد ولادتها من الاول نظرنا فان وطئها بعد الحكم بكونها أم ولد للاول فعليه مهر مثلها فان كان فسخ الكتابة في حق نفسه لعجزها فالمهر له لأنها أم ولده ، وان كان لم يفسخ فالمهر بينه وبينها نصفين ، وان وطئها بعد زوال الكتابة في حقه وقبل الحكم بأنها أم ولد للاول سقط عنه نصف مهرها لأن نصفها قن له وعليه النصف لها ان لم يكن الاول فسخ الكتابة أو له

إن كان فسخ ، وان كان الاول معسرا فنصيبه منها أم ولد له ولها عليهما المهران والحكم فيما إذا عجزت أو أدت قد تقدم ، فأما ان كان الولد من الثانى فالحكم فى وطء الاول كالحكم فيه اذا وطىء منفرداً فلم يحبلها .

وأما الثانى فإن كان موسراً قوم عليه نصيب شريكه عند العجز ؛ فان فسخا الكتابة قومناها عليه وصارت أم ولد له ، وان رضى الثانى بالمقام على الكتابة قومنا عليه نصيب الاول وصارت كلها أم ولد له ونصفهامكاتب ، ويرجع الاول على الثانى بنصف المهر ونصف قيمة الولد على احدى الروايتين ويرجع الثانى على الاول بنصف المهر فيتقاصان به ان كان باقيا عليهما ، وان كان الثانى معسرا فالحكم فيه كما لو ولدت من الاول وكان معسرا لا فضل بين المسألتين .

القسم الثالث: أمكن أن يكون الولد من كل واحد منهما فانه يرى القافة معهما فيلحق بمن ألحقوه به منهما فمن ألحق به فحكمه حكم ما لو عرف أنه منه بغير قافة

« مسألة » قال (واذا كاتب نصف عبد فأدى ما كوتب عليه ومثله لسيده صار حراً بالكتابة ان كان الذى كاتبه معسراً ، وان كان موسرا عتق عليه كله وصار نصف قيمته على الذى كاتبه لشريكه)

وجملته أن الرجل اذا كان له نصف عبد كانت له مكاتبته وتصح منه ، سواء كان باقيه حراً أو مملوكاً لغيره ، وسواء أذن فيه الشريك أو لم يأذن ، هذا ظاهر كلام الخرقى وأبى بكر وقول الحكم وابن أبى ليلى . وحكى ذلك عن الحسن البصرى والحسن بن صالح ومالك والعنبرى وكره الثورى وحماد كتابته بغير اذن شريكه .

وقال الثورى : ان فعل رددته الا أن يكون نقده فيضمن لشريكه نصف ما فى يده ، وقال أبو حنيفة : تصح باذن الشريك ولا تصح بغير اذنه ، وهذا أحد قولى الشافعى الا أن أبا حنيفة قال اذنه فيما مضى فى ذلك يقتضى الاذن فى تأدية مال الكتابة من جميع كسبه ولا يرجع الآذن بشىء منه ، وقال أبو يوسف ومحمد : يكون جميعه مكاتبا

وقال الشافعى فى أحد قوليه ان كان باقيه حراً صحت كتابته ، وان كان باقيه

ملكا لم تصح كتابته ، سواء أذن فيه الشريك أم لم يأذن لان كتابته تقتضى اطلاقه فى رد الكسب والمسافرة وملك نصفه يمنع ذلك ويمنعه أخذ نصيبه من الصدقات لئلا يصير كسبا له ويستحق سيده نصفه ، ولانه اذا أدى عتق جميعه فيؤدى الى أن يؤدى نصف كتابته ويعتق جميعه

ولنا أنه عقد معاوضة على نصفه فصح كبيعه ، ولانه ملك له يصح بيعه وهبته فصحت كتابته كما لو ملك جميعه ، ولانه ينفذ اعتاقه فصحت كتابته كالعبد الكامل وكما لو كان باقيه حراً عند الشافعى أو أذن فيه الشريك عند الباقين

وقولهم انه يقتضى المسافره والكسب وأخذ الصدقة ، قلنا أما المسافرة فليست من المقتضيات الاصلية فوجود مانع منها لا يمنع أصل العقد ، وأما الكسب وأخذ الصدقة فانه لا يمنع كسبه وأخذه الصدقة بجزئه بالمكاتبة ولا يستحق الشريك شيئا منه لانه انما استحق ذلك بالجزء المكاتب ولا حق للشريك فيه فكذلك فيما حصل به ، كما لو ورث شيئا بجزئه الحر ، وأما الكسب فان هايأه مالك نصفه فكسب فى نوبته شيئا لم يشاركه فيه أيضا ، وان لم يهايئه فكسب بجملته شيئا كان بينهما له بقدر ما فيه من الجزء المكاتب ولسيده الباقى لانه كسبه بجزئه المملوك فيه فأشبه ما لو كسب قبل كتابته فيقسم بين سيديه

وقولهم انه يفضى الى أن يؤدى بعض الكتابة فيعتق جميعه ، قلنا يبطل هذا بما لو علق عتق نصيبه على أداء مال فانه يؤدى عوض البعض ويعتق الجميع ، على أننا نقول لا يعتق حتى يؤدى جميع الكتابة ، فان جميع الكتابة هو الذى كاتبه عليه مالك نصفه ولم يبق منها شيء فلا يعتق حتى يؤدى جميعها ، ولانه لا يعتق الجميع بالاداء وانما يعتق الجزء المكاتب لا غير وباقيه ان كان المكاتب معسراً لم يعتق وان كان موسراً عتق بالسراية لا بالكتابة ولا يمنع هذا ، كما لو أعتق بعضه عتق جميعه ، فاذا جاز جميعه باعتاق بعضه بطريق السراية جاز ذلك فيما يجرى مجرى العتق .

اذا ثبت هذا فانه اذا كاتب نصيبه لم تسر الكتابة ولم يتعد الجزء الذى كاتبه لان الكتابة عقد معاوضة فلم يسر كالبيع ، وليس للعبد أن يؤدى الى مكاتبه

شيئا حتى يؤدى الى شريكه مثله ، سواء أذن الشريك فى كتابته أو لم يأذن ، لأنه إنما أذن فى كتابة نصيبه ، وذلك يقتضى أن يكون نصيبه باقيا له ولا يقتضى أن يكون معروفا فى الكتابة ، هذا إذا كان الكسب بجميعه ، فإن أدى الكتابة من جميع كسبه لم يعتق لأن الكتابة الصحيحة تقتضى العتق ببراءته من العوض ، وذلك لا يحصل بدفع ما ليس له ، وان أدى اليهما جميعا عتق كله لأن نصفه يعتق بالأداء فإذا عتق سرى الى سائره ، وان كان الذى كاتبه موسرا لأن عتقه بسبب من جهته فلزمته قيمته كالو باشره بالعتق ، أو كما لو علق عتق نصيبه على صفة فعتق بها ويرجع الشريك على المكاتب بنصف قيمته كما لو باشره بالعتق .

فأما ان ملك العبد شيئا بجزئه المكاتب مثل أن هاياه سيده فكسب شيئا فى نوبته أو أعطى من الصدقة من سهم الرقاب أو من غيره فلا حق لسيده فيه وله أداء جميعه فى كتابته ، لأنه انما استحق ذلك بما فيه من الكتابة فأشبه النصف الباقى بعد إعطاء الشريك حقه ، فلو كان ثلثه حرا وثلثه مكاتبا وثلثه رقيقا فورث بجزئه الحر ميراثا وأخذ بجزئه المكاتب من سهم الرقاب فله دفع ذلك كله فى كتابته لأنه ما استحق بجزئه الرقيق شيئا منه فلا يستحق مالكه منه شيئا ، واذا أدى جميع كتابته عتق ، فإذا كان الذى كاتبه معسرا لم يسر العتق ولم يتعد نصيبه كما إذا واجهه بالعتق إلا على الروايه التى نقول فيها بالاستسعاء فإنه يستسعى فى نصيب الذى لم يكاتب ، وان كان موسرا سرى الى باقيه .

فصل

وإذا كان العبد كله ملكا لرجل فكاتب بعضه جاز ، قاله أبو بكر لأنها معاوضة فصحت فى بعضه كالبيع ؛ فإذا أدى جميع كتابته عتق كله لأنه إذا سرى العتق فيه الى ملك غيره فإلى ملكه أولى ، ويجب أن يؤدى الى سيده مثلى كتابته لان نصف ما يكسبه يستحقه سيده بما فيه من الرق ونصفه يؤدى فى الكتابة إلا أن يرضى سيده بتأدية الجميع فى الكتابة فيصح ، واذا استوفى المال كله عتق نصفه بالكتابة وباقيه بالسراية .

(فصل) وإذا كان العبد لرجلين فكاتباه معا جاز سواء تساويا فى العوض

أو اختلفا فيه ؛ وسواء أتفق نصيباهما فيه أو اختلف ، وسواء كان فى عقد واحد أو عقدين ، وبهذا قال أبو حنيفة .

وقال الشافعى : لا يجوز أن يتفاضلا فى المال مع التساوى فى الملك ، ولأن التساوى فى المال منع التفاضل فى الملك لأن ذلك يؤدى الى أن ينتفع أحدهما بمال الآخر ، لأنه إذا دفع الى أحدهما أكثر من قدر ملكه ثم عجز رجع عليه الاخر بذلك .

ولنا أن كل واحد منهما يعقد على نصيبه عقد معاوضة فجاز أن يختلفا فى العوض كالبيع ، وما ذكروه لا يلزم لأن انتفاع أحدهما بمال الاخر إنما يكون عند العجز وليس ذلك من مقتضيات العقد ، وإنما يكون عند زواله فلا يضر ، ولأنه إنما يؤدى اليهما على التساوى ، واذا عجز قسم ما كسبه بينهما على قدر الملكين فلم يكن أحدهما منتفعا إلا بما يقابل ملكه وعاد الامر بعد زوال الكتابة الى حكم الرق كأنه لم يزل .

فإن قيل : فالتساوى فى الملك يقتضى التساوى فى أدائه اليهما ويلزم منه وفاء كتابة أحدهما قبل الاخر فيعتق نصيبه ويسرى الى نصيب صاحبه ويرجع عليه الاخر بنصف قيمته .

قلنا : يمكن أداء كتابته اليهما دفعة واحدة فيعتق عليهما ويمكن أن يكاتب أحدهما على مائة فى نجمين فى كل نجم خمسون ويكاتب الاخر على مائتين فى نجمين فى النجم الاول خمسون . وفى الثانى مائة وخمسون ويكون وقتهما واحد فيؤدى الى كل واحد منهما حقه

على أن أصحابنا قالوا ، لا يسرى العتق الى نصيب الاخر مادام مكاتبا ، فعلى هذا القول لا يفضى الى ما ذكروه ، على أنه وان قدر إفضاؤه اليه فلا مانع فيه من صحة الكتابة فإنه لا يخل بمقصود الكتابة وهو العتق بها ، ويمكن وجود سراية العتق من غير ضرر بأن يكاتبه على مثلى قيمته ، فإذا عتق عليه غرم لشريكه نصف قيمته وسلم له باقى المال وحصل له ولاء العبد ؛ ولا ضرر فى هذا ، ثم لو كان فيه ضرر لكن رضى به حين كتابته على أقل مما كاتبه به شريكه ، والضرر المرضى به

من جهة المضرور لا عبرة به كالو باشره بالعتق أو أبرأه من مال الكتابة فإنه يعتق عليه ويسرى عتقه ويغرم لشريكه وهو جائز فهذا أولى بالجواز ، ولا يجوز أن يختلفا فى التنجيم ولا فى أن يكون لأحدهما فى النجوم قبل النجم الآخير أكثر من الاخر فى أحد الوجهين ، لأنه لا يجوز أن يؤدى اليهما إلا على السواء ، ولا يجوز تقديم أحدهما بالأداء على الاخر واختلافهما فى ميقات النجوم ، وقدر المؤدى فيهما يفضى الى ذلك .

والثانى : يجوز لأنه يمكن أن يعجل لمن تأخر نجمه قبل محله ويعطى من قل نجمه أكثر من الواجب له ، ويمكن أن يأذن له أحدهما فى الدفع الى الاخر قبله أو أكثر منه ، ويمكن أن ينظره من حل نجمه أو يرضى من له الكثير بأخذ دون حقه ، واذا أمكن إفضاء العقد الى مقصوده فلا نبطله باحتمال عدم الإفضاء اليه

(فصـــل)

وليس للمكاتب أن يؤدى الى أحدهما أكثر من الاخر ولا يقدم أحدهما على الاخر ، ذكره القاضى وهو مذهب أبى حنيفة والشافعى ، ولا أعلم فيه خلافا ، لأنهما سواء فيه فيستويان فى كسبه وحقهما متعلق بما فى يده تعلقا واحداً فلم يكن له أن يخص أحدهما بشىء منه دون الاخر ، ولأنه ربما عجز فيعود الى الرق ويتساويان فى كسبه فيرجع أحدهما على الاخر بما فى يده من الفضل بعد انتفاعه به مدة ، فإن قبض أحدهما دون الاخر شيئا لم يصح القبض ، وللآخر أن يأخذ من حصته إذا لم يكن أذن فى القبض ، وان أذن فيه ففيه وجهان ، ذكرهما أبو بكر .

أحدهما : يصح ، لان المنع لحقه فجاز بإذنه ، كما لو أذن المرتهن للراهن فى التصرف فيه ، أو أذن البائع المشترى فى قبض البيع قبل توفية ثمنه ، أو أذنا للمكاتب فى التبرع ، ولأنهما لو أذنا له فى الصدقة بشىء صح قبض المتصدق عليه له كذلك ههنا .

والثانى : لا يجوز ، وهذا اختيار أبى بكر ، ومذهب أبى حنيفة وأحد قولى الشافعى واختيار المزنى ، لأن مافى يد المكاتب ملك له فلا ينفذ إذن غيره فيه وانما حق سيده فى ذمته ، والاول أصح إن شاء الله تعالى ، لان الحق لهم لا يخرج

عنهم فاذا اتفقوا على شيء فلا وجه للمنع ، وقولهم : إنه ملك للمكاتب تعليق على العلة ضد ماتقتضيه لان كونه ملكاً له يقتضي جواز تصرفه فيه على حسب اختياره وانما المنع لتعلق حق سيده به ، فاذا أذن زال المانع فصح التقبيض لوجود مقتضيه وخلوه من المانع ، ثم يبطل لما ذكرنا من المسائل .

فعلى هذا الوجه إذا دفع الى أحدهما مال الكتابة باذن صاحبه عتق نصيبه من المكاتب لأنه استوفى حقه ، ويسرى العتق الى باقيه وعليه قيمة حصة شريكه لأن عتقه بسببه ، هذا قول الخرقي ويضمنه فى الحال بنصف قيمته مكاتبا مبق على مابقي عليه من كتابته وولاؤه كله له ومافى يده من المال الذى لم يقبض منه بقدر ما قبضه صاحبه والباقي بين العبد وبين سيده الذى عتق عليه ، لأن نصفه عتق بالكتابة ونصفه بالسراية ، فحصة ماعتق بالكتابة للعبد وحصة ماعتق بالسراية لسيده ، وعلى مااخترناه يكون الباقي كله للعبد لان الكسب كان ملكا له فلا يزول ملكه عنه بعتقه كما لو عتق بالأداء .

وقال أبو بكر والقاضي . لا يسرى العتق فى الحال وانما يسرى عند عجزه ، فعلى قولهما يكون باقيا على الكتابة فان أدى الى الاخر عتق عليهما وولاؤه لهما وما بقى فى يده من كسبه فهو له ، وان عجز وفسخت كتابته قوم على الذى أدى اليه وكان ولاء جميعه له وتنفسخ الكتابة فى نصفه ، وان مات فقد مات ونصفه حر ونصفه رقيق ولسيده الذى لم يعتق نصيبه أن يأخذ مما خلفه ، مثل ما أخذه شريكه من مال الكتابة ، وله نصف ما يبقى والباقى لورثة العبد ، فإن لم يكن له وارث من نسبه فهو للذى أدى اليه بالولاء .

وان قلنا : لا يصح القبض فما أخذه القابض بينه وبين شريكه ولا تعتق حصته من المكاتب لأنه لم يستوف عوضه ولغير القابض مطالبة القابض بنصيبه مما قبضه كما لو قبضه بغير إذنه سواء ، وان لم يرجع غير القابض بنصيبه حتى أدى المكاتب اليه كتابته صح وعتق عليهما جميعاً .

وإن مات العبد قبل استيفاء الاخر حقه فقد مات عبداً ويستوفى الذى لم يقبض من كسبه بقدر ما أخذه صاحبه والباقى بينهما .

قال أحمد فى رواية ابن منصور فى عبد بين رجلين كاتباه فأدى الى أحدهما كتابته ثم مات وهو يسعى للآخر لمن ميراثه ؟ قال أحمد : كلما كسب العبد فى كتابته فهو بينهما ويرجع هذا على الاخر بنصيبه مما أخذ وميراثه بينهما ، وقال ابن منصور : قال اسحاق بن راهوية كما قال .

فصل

وان عجز مكاتبهما فلهما الفسخ والإمضاء ، فإن فسخا جميعاً أو أمضيا الكتابة جاز ما اتفقا عليه ، وان فسخ أحدهما وأمضى الاخر جاز وعاد نصفه رقيقاً قناً ونصفه مكاتبا .

وقال القاضى : تنفسخ الكتابة فى جميعه ، وهو مذهب الشافعى لأن الكتابة لو بقيت فى نصفه لعاد ملك الذى فسخ الكتابة اليه ناقصا .

ولنا أنها كتابة فى ملك أحدهما فلم تنفسخ بفسخ الاخر كما لو انفرد بكتابته ولأنهما عقدان مفردان فلم ينفسخ أحدهما بفسخ الاخر كالبيع ، وما حصل من النقص لا يمنع لانه إنما حصل ضمنا لتصرف الشريك فى نصيبه فلم يمنع كإعتاق الشريك ولأن من أصلنا أنه تصح مكاتبة أحدهما نصيبه ، فإذا لم يمنع العقد فى ابتدائه فلأن يبطل فى دوامه أولى ، ولان ضرره حصل بعقده وفسخه فلا يزول بفسخ غيره ، ولان فى فسخ الكتابة ضرراً بالمكاتب وسيده ، وليس دفع الضرر عن الشريك الذى فسخ بأولى من دفع الضرر عن الذى لم يفسخ ، بل دفع الضرر عن الذى لم يفسخ أولى لوجوه ثلاثة .

أحدها : أن ضرر الذى فسخ حصل ضمنا لبقاء عقد شريكه فى ملك نفسه ، وضرر شريكه بزوال عقده وفسخ تصرفه فى ملكه .

والثانى : أن ضرر الذى فسخ لم يعتبره الشرع فى موضع ، ولا أصل لما ذكروه من الحكم ، ولا يعرف له نظير فيكون بمنزلة المصلحة المرسلة التى وقع الإجماع على إطراحها وضرر شريكه بفسخ عقده معتبر فى سائر عقوده من بيعه وهبته ورهنه وغير ذلك فيكون أولى .

الثالث : أن ضرر الفسخ يتعدى إلى المكاتب فيكون ضرراً باثنين وضرر

الفاسخ لا يتعداه ، ثم لو قدر تساوى الضررين لوجب إبقاء الحكم على ما كان عليه ولا يجوز إحداث الفسخ من غير دليل راجح .

« مسألة » قال (وإذا عتق المكاتب استقبل بما فى يده من المال حولا ثم زكاه إن كان نصاباً)

وجملته أن المكاتب لا زكاة عليه بلا خلاف نعلمه ، فإذا عتق صار من أهل الزكاة حينئذ فيبتدىء حول الزكاة من يوم عتق ، فإذا تم الحول وجبت الزكاة إن كان نصابا ، وإن لم يكن نصابا فلا شىء فيه ويصير هذا كالكافر إذا أسلم وفى يده مال زكوى يبلغ نصاباً فإنه يستقبل به حولا من حين أسلم لأنه صار حينئذ من أهل الزكاة ، وكذلك العبد إذا عتق وفى يده مال أبقاه له سيده .

« مسألة » قال (واذا لم يؤد نجما حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب وعاد عبداً غير مكاتب)

وجملته أن الكتابة عقد لازم لا يملك السيد فسخها قبل عجز المكاتب بغير خلاف نعلمه ، وليس له مطالبة المكاتب قبل حلول النجم ، لأنه انما ثبت فى العقد مؤجلا ، واذا حل النجم فللسيد مطالبته بما حل من نجومه لأنه دين له حل فأشبه دينه على الأجنبى وله الصبر عليه وتأخيره به ، سواء كان قادراً على الأداء أو عاجزاً عنه لأنه حق له سمح بتأخيره أشبه دينه على الاجنبى ، فإن اختار الصبر عليه لم يملك العبد الفسخ بغير خلاف نعلمه :

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المكاتب اذا حل عليه نجم أو نجمان أو نجومه كلها فوقف السيد عن مطالبته وتركه بحاله أن الكتابة لا تنفسخ ما داما ثابتين على العقد الأول ، فإن أجله به ثم بدا له الرجوع فله ذلك لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل كالقرض ، وان حل عليه نجمان فعجز عنهما فاختار السيد فسخ كتابته ورده الى الرق فله ذلك بغير حضور حاكم ولا سلطان ولا تلزمه الاستتابة ، فعل ذلك ابن عمر ، وهو قول شريح والنخعى وأبى حنيفة والشافعى . وقال ابن أبى ليلى : لا يكون عجزه الا عند قاض .

وحكى نحو هذا عن مالك ، وقال الحسن : اذا عجز استؤنى بعد العجز سنتين ، وقال الأوزاعى شهرين ونحو ذلك .

ولنا ما روى سعيد بإسناده عن ابن عمر أنه كاتب غلاما له على ألف دينار فأدى اليه تسعمائة دينار وعجزه عن مائة دينار فرده الى الرق وباسناده عن عطية العوفى عن ابن عمر أنه كاتب عبده على عشرين ألفا فأدى عشرة آلاف ثم أتاه فقال انى قد طفت العراق والحجاز فردنى فى الرق فرده

وروى عنه أنه كاتب عبداً له على ثلاثين ألفا فقال له أنا عاجز ، فقال له امح كتابتك ، فقال امح أنت ؛ وروى سعيد باسناده عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب فقال « أيما رجل كاتب غلامه على مائة أوقية فعجز عن عشر أواق فهو رقيق » ولأنه عقد عجز عن عوضه فملك مستحقه فسخه كالسلم اذا تعذر المسلم فيه ، ولأنه فسخ عقد مجمع عليه فلم يفتقر الى الحاكم كفسخ المعتقة تحت العبد .

فان قيل فلم كانت الكتابة لازمة من جهة السيد غير لازمة من جهة العبد ؟ قلنا هى لازمة من جهة الطرفين ولا يملك العبد فسخها بحال ، وانما له أن يعجز نفسه ويمتنع من الكسب ، وانما كان له ذلك لوجهين .

أحدهما أن الكتابة تتضمن اعتاقا بصفة ، ومن علق عتق عبده بصفة لم يملك ابطالها ويلزم وقوع العتق بالصفة ولا يلزم العبد الإتيان بالصفة ولا يجبر عليها الثانى : أن الكتابة لحظ العبد دون سيده ، وكان العقد لازما لمن ألزم نفسه حظ غيره ، وصاحب الحظ بالخيار فيه كمن ضمن لغيره شيئا أو كفل له أو رهن عنده رهنا

﴿ فصـــل ﴾

فأما ان حل نجم واحد فعجز عن أدائه فظاهر كلام الخرقى أنه ليس للسيد الفسخ حتى يحل نجمان قبل أدائهما ، وهى احدى الروايتين عن أحمد ، قال القاضى وهو ظاهر كلام أصحابنا ، وروى ذلك عن على رضى الله عنه ؛ وهو قول الحكم وابن أبى ليلى وأبى يوسف والحسن بن صالح :

وقال ابن أبى موسى : وروى عن أحمد أنه لا يعود رقيقا حتى يقول قد عجزت ، وقيل عنه اذا أدى أكثر مال الكتابة لم يرد الى الرق واتبع بما بقى .

والرواية الثانية : أنه إذا عجز عن نجم واحد فلسيده فسخ الكتابة ، وهو قول الحارث العكلى وأبى حنيفة والشافعى لأن السيد دخل على أن يسلم له مال الكتابة على الوجه الذى كاتبه عليه ويدفع اليه المال فى نجومه فإذا لم يسلم له لم يلزمه عتقه ولما ذكرنا فى الفصل الذى قبل هذا ، ولأنه عجز عن أداء النجم فى وقته لجاز فسخ كتابته كالنجم الأخير .

ولنا ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال « لا يرد المكاتب فى الرق حتى يتوالى عليه نجمان » ، ولأن ما بين النجمين محل لأداء الأول فلا يتحقق العجز عنه حتى يفوت محله بحلول الثانى .

(فصل) وإذا حل النجم وماله حاضر عنده طولب بأدائه ولم يجز الفسخ قبل الطلب كما لا يجوز فسخ البيع والسلم بمجرد وجوب الدفع قبل الطلب ، فإن طلب منه فذكر أنه غائب عن المجلس فى ناحية من نواحى البلد أو قريب منه على مسافة لا تقصر فيها الصلاة يمكن إحضاره قريبا لم يجز فسخ الكتابة وأمهل بقدر ما يأتى به إذا طلب الامهال ، لأن هذا يسير لا ضرر فيه ، وان كان معه مال من غير جنس مال الكتابة فطلب الامهال ليبيعه بجنس مال الكتابة ، أمهل ، وإن كان المال غائبا أكثر من مسافة القصر لم يلزم الامهال ، وهذا قول الشافعى .

وقال أبو حنيفة : إن كان له مال حاضر أو غائب يرجو قدومه استؤنى يومين وثلاثة لا أزيده على ذلك لأن الثلاثة آخر حد القلة والقرب لما بيناه فيما مضى وما زاد عليها فى حد الكثرة ، وهذا كله قريب بعضه من بعض

فأما اذا كان قادراً على الأداء واجداً لما يؤديه فامتنع من أدائه وقال قد عجزت فقال الشريف أبو جعفر وجماعة من أصحابنا المتأخرين . يملك السيد فسخ الكتابة وهو ظاهر كلام الخرقى لقوله : اذا حل نجم فلم يؤده حتى حل نجم آخر عجزه السيد إن أحب ، فعلق جواز الفسخ على عدم الأداء . وهذا مذهب الشافعى .

وقال أبو بكر بن جعفر : ليس له ذلك ويجبر على تسليم العوض ، وهو قول أبى حنيفة ومالك والاوزاعى ، وقد ذكرنا هذا فيما تقدم .

فأما إن كان قادرا على أداء المال كله ففيه رواية أخرى أنه يصير حراً بملك مايؤدى وقد سبق ذكرها .

(فصل) وإذا حل النجم والمكاتب غائب بغير إذن سيده فله الفسخ ، وان كان سافر بإذنه لم يكن له أن يفسخ لأنه أذن فى السفر المانع من الاداء ، ولكن يرفع أمره الى الحاكم ويثبت عنده حلول مال الكتابة ليكتب الحاكم الى المكاتب فيعلم بما ثبت عنده ، فان كان عاجزاً عن أداء المال كتب بذلك الى الحاكم الكاتب ليجعل للسيد فسخ الكتابة ، وان كان قادرا على الاداء طالبه بالخروج الى البلد الذى فيه السيد ليؤدى مال الكتابة أو يوكل من يفعل ذلك ، فان فعله فى أول حال الإمكان عند خروج القافلة ان كان لا يمكنه الخروج الا معها لم يجز الفسخ ، وإن أخره عن حال الإمكان ومضى زمن المسير ثبت للسيد خيار الفسخ ، فان وكل السيد فى بلد المكاتب من يقبض منه مال الكتابة لزمه الدفع اليه ، فان امتنع من الدفع ثبت للسيد خيار الفسخ ، وان كان قد جعل للوكيل الفسخ عند امتناع المكاتب من الدفع اليه جاز وله الفسخ اذا ثبتت وكالته ببينة بحيث يأمن المكاتب انكار السيد وكالته ، وان لم يثبت ذلك لم يلزم المكاتب الدفع اليه وكان له عذر يمنع جواز الفسخ لانه لا يأمن أن يسلم اليه فينكر السيد وكالته ويرجع على المكاتب بالمال ، وسواء صدقه فى أنه وكيل أو كذبه .

وان كتب حاكم البلد الذى فيه السيد الى حاكم البلد الذى فيه المكاتب ليقبض منه المال لم يلزمه ذلك لان هذا توكيل لايلزم الحاكم الدخول فيه ، فان الحاكم لا يكاف القبض للبالغ الرشيد ، فان اختار القبض جرى مجرى الوكيل ، ومتى قبض منه المال عتق .

(فصل) قال واذا دفع العوض فى الكتابة فبان مستحقا تبين أنه لم يعتق وكان هذا الدفع كعدمه لانه لم يؤد الواجب عليه ، وقيل له ان أديت الان والا فسخت كتابتك ، وان كان قد مات بعد الاداء فقد مات عبداً ، فان بانه معيبا مثل أن كاتبه على عروض موصوفة فقبضها فأصاب بها عيبا بعد قبضها نظرت فان كان قد رضى بذلك وأمسكها استقر العتق . فان قيل كيف يستقر العتق ولم يعطه جميع ما وقع عليه العقد ؟ فان ما يقابل العيب لم يقبضه ، فأشبه ما لو كاتبه على

عشرة فأعطاه تسعة ، قلنا إمساكه المعيب راضيا به رضا منه بإسقاط حقه لجرى مجرى إبرائه من بقية كتابته ، وإن اختار إمساكه وأخذ أرش العيب أو رده فله ذلك . قال أبو بكر : وقياس قول أحمد رحمه الله أنه لا يبطل العتق وليس له الرد وله الأرش لأن العتق إتلاف واستهلاك فإذا حكم بوقوعه لم يبطل كعقد الخلع ولأنه ليس المقصود منه المال فأشبه الخلع .

وقال القاضي : يتوجه أن له الرد ويحكم بارتفاع العتق الواقع لأن العتق إنما استقر باستقرار الأداء ، وقد ارتفع الأداء فارتفع العتق ، وهذا مذهب الشافعي ، لأن الكتابة عقد معاوضة يلحقه الفسخ بالتراضي فوجب أن يفسخ بوجود العيب كالبيع ، وان اختار امساكه وأخذ الارش فله ذلك وتبين أن العتق لم يقع ، ولأننا تبينا أن ذمته لم تبرأ من مال الكتابة ولا يعتق قبل ذلك ، وظن وقوع العتق لا يوقعه اذا بان الامر بخلافه كما لو بان العوض مستحقا ، وان تلفت العين عند السيد أو حدث بها عنده عيب استقر أرش العيب ، والحكم في ارتفاع العتق على ما ذكرناه فيما مضى ، ولو قال السيد لعبده : ان أعطيتني عبداً فأنت حر ، فأعطاه عبداً فبان حراً أو مستحقا لم يعتق بذلك ، لان معناه ان أعطيته ملكا ولم يعطه اياه ملكا ولم يملكه اياه .

فصل

واذا دفع اليه مال الكتابة ظاهراً فقال له السيد أنت حر ثم بان العوض مستحقا لم يعتق بذلك لأن ظاهره الاخبار عما حصل له بالأداء ، ولو ادعى المكاتب أن سيده قصد بذلك عتقه وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه لأن الظاهر معه وهو أخبر بما نوى .

« مسألة » قال (وما قبض من نجوم كتابته استقبل بزكاته حولا)

وجملته أن ما يأخذه من نجوم كتابته . كمال استفاده بكسب أو غيره ، فيملكه بأخذه ويستقبل به حولا لأنه لا يملك ما في يد مكاتبه ، ولهذا جرى الربا بينهما ولا زكاة عليه في الدين الذي على المكاتب لأن ملكه عليه غير تام فوجب أن يستقبل بما يأخذه منه حولا كما لو أخذه من أجنبي .

« مسألة » قال (وإذا جنى المكاتب بدىء بجنايته قبل كتابته ، فإن عجز كان سيده مخيراً بين أن يفديه بقيمته ان كانت أقل من جنايته أو يسلمه)

وجملة ذلك أن المكاتب إذا جنى جناية موجبة للمال تعلق أرشها برقبته ويؤدى من المال الذى فى يده ، وبهذا قال الحسن والحكم وحماد والاوزاعى ومالك والحسن بن صالح والشافعى وأبو ثور .

وقال عطاء والنخعى وعمرو بن دينار : جنايته على سيده ، قال عطاء ويرجع سيده بها عليه ، وقال الزهرى إذا قتل رجلا خطأ كانت كتابته وولاؤه لولى المقتول إلا أن يفديه سيده .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يجنى جان إلا على نفسه » ولانها جناية عبد فلم تجب فى ذمة سيده كالقن ، إذا ثبت هذا فانه يبدأ بأداء الجناية قبل الكتابة سواء حل عليه نجم أو لم يحل ، وهذا المنصوص عليه عن أحمد والمعمول به فى المذهب ، وذكر أبو بكر قولا آخر أن السيد يشارك ولى الجناية فيضرب بقدر ما حل من نجوم كتابته لانهما دينان فيتحاصان كسائر الديون .

ولنا أن أرش الجناية من العبد يقدم على سائر الحقوق المتعلقة به ولذلك قدمت على حق المالك وحق المرتهن وغيرهما فوجب أن يقدم ههنا ، يحققه أن أرش جنايته مقدم على ملك السيد فى عبده فيجب تقديمه على عوضه وهو مال الكتابة بطريق الاولى ، لان الملك فيه قبل الكتابة كان مستقراً ، ودين الكتابة غير مستقر ، فاذا قدم على المستقر فعلى غيره أولى ، لان أرش الجناية مستقر فيجب تقديمه على الكتابة التى ليست مستقرة .

إذا ثبت هذا : فانه يفدى نفسه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته ، لانه إن كان أرش الجناية أقل فلا يلزمه أكثر من موجب جنايته وهو أرشها ، وان كان أكثر لم يكن عليه أكثر من قيمته لانه لا يلزمه أكثر من بدل المحل الذى تعلق به الارش ؛ فان بدأ بدفع المال الى ولى الجناية فوفى بما يلزمه من أرش الجناية وإلا باع الحاكم منه بما بقى من أرش الجناية وباقية باق على كتابته ، وان اختار الفسخ فله ذلك ويعود عبداً غير مكاتب مشتركا بين السيد وبين المشترى ،

فان أبقاه على الكتابة فأدى عتق بالكتابة وسرى العتق الى باقيه ان كان المكاتب موسرا ويقوم عليه ، وان كان معسرا عتق منه ما عتق وباقية رقيق ، وان لم يكن فى يده مال ولم يف بالجناية الا قيمته كلها بيع كله فيها وبطلت كتابته ، وان بدأ بدفع المال الى سيده نظرنا فان كان ولى الجناية سأل الحاكم الحجر على المكاتب ثبت الحجر عليه وكان النظر فيه الى الحاكم فلا يصح دفعه الى سيده ويرتجعه الحاكم ويدفعه الى ولى الجناية ، فان وفى والا كان الحكم فيه على ماذكرنا من قبل

وان لم يكن الحاكم حجر عليه صح دفعه الى سيده لانه يقضى حقا عليه فجاز كما لو قضى بعض غرمائه قبل الحجر عليه ، ثم ان كان ما دفعه اليه جميع مال الكتابة عتق ويكون الارش فى ذمته فيضمن ما كان عليه قبل العتق وهو أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، لانه لا يلزمه أكثر مما كان واجباً بالجناية وان أعتقه السيد فعليه فداؤه بذلك لأنه أتلف محل الاستحقاق فكان عليه فداؤه ، كما لو قتله ، وان عجز ففسخ السيد كتابته فداه أيضاً بما ذكرناه .

وقال أبو بكر فيما إذا فداه سيده قولان يعنى روايتين . إحداهما : يفديه بأقل الامرين . والثانية : يفديه بأرش جنايته بالغة ما بلغت .

(فصل)

وإذا جنى المكاتب جنايات تعلقت برقبته واستوى الاول والآخر فى الاستيفاء ولم يقدم الاول على الثانى لأنها تعلقت بمحل واحد ، وكذا ان كان بعضها فى حال كتابته وبعضها بعد تعجيزه فهى سواء ويتعلق جميعها بالرقبة ، فان كان فيها مايوجب القصاص فلولى الجناية استيفاءه وتبطل حقوق الاخرين ، وان عفا الى مال صار حكمه حكم الجناية الموجبة للمال ، فان أبرأه بعضهم استوفى الباقون لأن حق كل واحد يتعلق برقبته يستوفيه إذا انفرد فاذا اجتمعوا تزاحموا فاذا أبرأه بعضهم سقط حقه وتزاحم الباقون ، كما لو انفردوا كما فى الوصايا ، وان أدى وعتق فالضمان عليه ، وان أعتقه سيده فالضمان عليه ، وأيهما ضمن فالواجب عليه أقل الامرين كما ذكرنا فى الجناية الواحدة ، ولانه لو عجزه الغرماء وعاد قنا بيع وتحاصوا فى ثمنه كذلك ههنا ، فأما ان عجزه سيده فعاد قنا خير بين فدائه وتسليمه ، فان اختار فداءه ففيه روايتان .

إحداهما : يفديه بأقل الأمرين كما لو أعتقه أو قتله .

والثانية . يلزمه أرش الجنايات كلها بالغة ما بلغت لأنه لو سلمه احتمل أن يرغب فيه راغب بأ كثر من قيمته فقد فوت تلك الزيادة باختيار إمساكه فكان عليه جميع الأرش ، ويفارق ما إذا أعتقه أو قتله لأن المحل فيهما تلفت ماليته فلم يمكن تسليمه ولم يجب أكثر من قيمته والمحل باق وههنا يمكن تسليمه وبيعه ، وان أراد المكاتب فداء نفسه قبل تعجيزه أو عتقه ففيه روايتان .

إحداهما : يفدى نفسه بأقل الأمرين .

والثاني : بأرش الجنايات بالغه ما بلغت لأن محل الأرش قائم غير تالف ، ويمكن تعجيز نفسه فى كل جناية يباع فيها فأشبه مالو عجزه سيده .

فصل

وان جنى المكاتب على سيده فيما دون النفس فالسيد خصمه فيها فان كانت موجبة للقصاص وجب كما تجب على عبده القن ، لأن القصاص يجب للزجر فيحتاج اليه العبد فى حق سيده ، وان عفا على مال أو كانت موجبة المال ابتداء وجب له لان المكاتب مع سيده كالأجنبي يصح أن يبايعه ويثبت له فى ذمته المال والحقوق كذلك الجناية ويفدى نفسه بأقل الأمرين فى إحدى الروايتين ، والأخرى يفديها بأرش الجناية بالغة ما بلغت ، فإن وفى مافى يده بما عليه فلسيده مطالبته به وأخذه ، وان لم يف به فلسيده تعجيزه ، فإذا عجزه وفسخ الكتابة سقط عنه مال الكتابة وأرش الجناية لانه عاد عبداً قنا ولا يثبت للسيد على عبده القن مال ، وان أعتقه سيده ولا مال فى يده سقط الأرش لأنه كان متعلقاً برقبته وقد أتلفها فسقط ، وان كان فى يده مال لم يسقط لأن الحق كان متعلقا بالذمة وما فى يده من المال ، فإذا تلفت الرقبة بقى الحق متعلقا بالمال فاستوفى منه ، كما لو عتق بالأداء وهل يجب أقل الأمرين أو أرش الجناية كله ؟ على وجهين ، ويستحق السيد مطالبته بأرش الجناية قبل أداء مال الكتابة لما ذكرنا من قبل فى حق الأجنبي ، وان اختار تأخير الارش والبداية بقبض مال الكتابة جاز ، ويعتق إذا قبض مال الكتابة كله .

وقال أبو بكر : لا يعتق بالأداء قبل أرش الجناية لوجوب تقديمه على مال الكتابة . ولنا أن الحقين جميعاً للسيد فإذا تراضيا على تقديم أحدهما على الآخر جاز ، لأن الحق لهما لا يخرج عنهما ، ولأنه لو بدأ بأداء الكتابة قبل أرش الجناية فى حق الأجنبي عتق ففى حق السيد أولى ، ولأن أرش الجناية لا يلزم أداؤه قبل اندمال الجرح فيمكن تقدم وجوب الأداء عليه :

فإذا ثبت هذا : فإنه إذا أدى عتق ويلزمه أرش الجناية ، سواء كان فى يده مال أو لم يكن ، لان عتقه بسبب من جهته فلم يسقط ما عليه بخلاف ما إذا أعتقه سيده فانه أتلف محل حقه وهٰهنا بخلافه ، وهل يلزمه أقل الامرين أو جميع الارش على وجهين .

وان كانت جنايته على نفس سيده فلورثته القصاص فى العمد أو العفو على مال ، وفى الخطأ المال وفيما يفدى به نفسه روايتان ، وحكم الورثة مع المكاتب حكم سيده معه ، لان الكتابة انتقلت اليهم والعبد لو عاد قنا لكان لهم ، وان جنى على موروث سيده ، فورثه سيده فالحكم فيه كما لو كانت الجناية على سيده فيما دون النفس على ما مضى .

(فصـــل)

وان اجتمع على المكاتب أرش جناية وثمن مبيع أو عوض قرض أو غيرهما من الديون مع مال الكتابة وفى يده مال يفى بهـا فله أن يؤديها ويبدأ بما شاء منها كالحر ؛ وان لم يف بها مافى يده وكلها حالة ولم يحجر الحاكم عليه فخص بعضهم بالقضاء صح كالحر ، وان كان فيها مؤجل فعجله بغير إذن سيده لم يجز لان تعجيله تبرع فلم يجز بغير إذن سيده كالهبة ، وان كان بأذن سيده جاز كالهبه ، وإن كان التعجيل للسيد فقبوله بمنزلة إذنه ، وان كان الحاكم قد حجر عليه بسؤال غرمائه فالنظر إلى الحاكم وإنما يحجر عليه بسؤالهم ، فان حجر عليه بغير سؤالهم لم يصح لان الحق لهم ولا يستوفى بغير إذنهم .

وإن سأله سيده الحجر عليه لم يجبه الى ذلك ، لان حقه غير مستقر فلا يحجر عليه من أجله ، فاذا حجر عليه بسؤال الغرماء فقال القاضي : عندى أنه يبدأ بقضاء

ثمن المبيع وعوض القرض يسوى بينهما ويقدمهما على أرش الجنايه ومال الكتابة لان أرش الجناية محل الرقبة فاذا لم يحصل مما فى يده استوفى من رقبته ، وهذا مذهب الشافعى ، واتفق أصحابنا والشافعى على تقديم أرش الجناية على مال الكتابة على ما مضى بيانه .

(فصــــل)

وإذا جنى بعض عبيد المكاتب جناية توجب القصاص فللمجنى عليه الخيار بين القصاص والمال ، فان اختار المال أو كانت الجناية خطأ أو شبه عمد أو إتلاف مال تعلق أرشها برقبته والمكاتب فداؤه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته لانه بمنزلة شرائه وليس له فداؤه بأكثر من قيمته كما لا يجوز له أن يشتريه بذلك الا أن يأذن فيه سيده ، فان كان الارش أقل من قيمته لم يكن له تسليمه لانه تبرع بالزيادة ، وان زاد الارش على قيمته فهل يلزمه تسليمه أو يفديه بأقل الامرين ؟ على روايتين .

(فصل) فان ملك المكاتب ابنه أو بعض ذوى رحمه المحرم أو ولد له ولد من أمته فجنى جناية تعلق أرشها برقبته وللمكاتب فداؤه بغير إذن سيده كما يفدى غيره من عبيده .

وقال القاضى فى المجرد : ليس له فداؤه بغير إذنه وهو مذهب الشافعى ، لانه اتلاف لماله ، فان ذوى رحمه ليسوا بمال له ولا يتصرف فيهم فلم يجز له اخراج ماله فى مقابلتهم ولأن شراءهم كالتبرع ، ويفارق العبد الاجنبى فانه ينتفع به وله صرفه فى كتابته فكان له فداؤه وشراؤه كسائر الاموال ، لكن ان كان لهذا الجانى كسب فدى منه ، وان لم يكن له كسب بيع فى الجناية ان استغرقت قيمته ، وان لم تستغرقها بيع بعضه فيها وما بقى للمكاتب .

ولنا أنه عبد له جنى فملك فداءه كسائر عبيده ، ولا نسلم أنه لا يملك شراءه ، وقولهم : لا يتصرف فيه ، قلنا : الا أن كسبه له ، وان عجزه المكاتب صار رقيقا معه لسيده ، وان أدى المكاتب لم يتضرر السيد بعتقهم وانتفع بهم المكاتب واذا دار أمره بين نفع وانتفاء ضرر وجب أن لا يمنع منه وفارق التبرع فانه يفوت المال على السيد .

فإن قيل بل فيه مضرة وهو منعه من أداء الكتابة فإنه اذا صرف المال فيه ولم يقدر على صرفه فى الكتابة عجز عنها . قلنا هذا الضرر لا يمنع المكاتب منه بدليل ما لو ترك الكسب مع امكانه أو امتنع من الاداء مع قدرته عليه فإنه لا يمنع منه ولا يجبر على كسب ولا أداء فكذلك لا يمنع عما هو فى معناه ولا عما يفضى اليه ، ولان غاية الضرر فى هذا المنع من اتمام الكتابة ، وليس اتمامها واجبا عليه فأشبه ترك الكسب بل هذا أولى لوجهين .

(أحدهما) أن هذا فيه نفع للسيد لمصيرهم عبيداً له (والثانى) أن فيه نفعاً للمكاتب بإعتاق ولده وذوى رحمه ونفعهم بالاعتاق على تقدير الاداء فإذا لم يمنع مما يساويه فى المضرة من غير نفع فيه فلأن لا يمنع مما فيه نفع لازم لاحدى الجهتين أولى وولد المكاتبة يدخل فى كتابتها والحكم فى جنايته كالحكم فى ولد المكاتب سواء

(فصـــل)

وان جنى بعض عبيد المكاتب على بعض جناية موجبها المال لم يثبت لها حكم لانه لا يجب للسيد على عبده مال ، وان كان موجبها قصاصا فقال أبو بكر : ليس له القصاص لأنه اتلاف لماله باختياره ، وهذا الذى ذكره أبو الخطاب فى رءوس المسائل .

وقال القاضى : له القصاص لانه من مصلحة ملكه فانه لو لم يستوفه أفضى الى اقدام بعضهم على بعض ، وليس له العفو على مال لما ذكرنا ، ولا يجوز بيعه فى أرش الجناية لان الارش لا يثبت له فى رقبة عبده ، فان كان الجانى من عبيده ابنه لم يجز بيعه لذلك ، وقال أصحاب الشافعى : يجوز بيعه فى أحد الوجهين لانه لا يملك بيعه قبل جنايته فيستفيد بالجناية ملك بيعه .

ولنا أنه عبده فلم يجب له عليه أرش كالاجنبى ، وما ذكروه ينتقض بالرهن اذا جنى على راهنه .

(فصل) وان جنى عبد المكاتب عليه جناية موجبها المال كانت هدراً لما ذكرنا وان كان موجبها القصاص فله أن يقتص ان كان فيما دون النفس ، لأن العبد يقتص منه لسيده ، وان عفا على مال سقط القصاص ولم يجب المال ، فان كان الجانى أباه لم يقتص منه لان الوالد لا يقتل بولده ، وان جنى المكاتب عليه لم يقتص

منه لأن السيد لا يقتص منه لعبده . وقال القاضي فيه وجه آخر أنه يقتص منه لأن حكم الأب معه حكم الأحرار ، بدليل أنه لا يملك بيعه والتصرف فيه وجعلت حريته موقوفة على حريته . قال : ولا نعلم موضعا يقتص فيه المملوك من مالكه سوى هذا الموضع .

(فصـــل) وإذا جنى على المكاتب فيما دون النفس فأرش الجناية له دون سيده لثلاثة معان :

أحدها أن كسبه له وذلك عوض عما يتعطل بقطع يده من كسبه .

والثانى أن المكاتبة تستحق المهر فى النكاح لتعلقه ببعضو من أعضائها كذلك بدل العضو .

والثالث : أن السيد يأخذ مال الكتابة بدلا عن نفس المكاتبة فلا يجوز أن يستحق عنه عوضا آخر ثم لا يخلو من ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يكون الجانى سيده فلا قصاص عليه لمعنيين

أحدهما : أنه حر والمكاتب عبد .

والثانى : أنه مالكه ولا يقتص من المالك لمملوكه ، ولكن يجب الأرش ولا يجب إلا باندمال الجرح على ما ذكرنا فى الجنايات ، ولأنه قبل الاندمال لا تؤمن سرايته الى نفسه فيسقط أرشه .

فإذا ثبت هذا فإنه ان سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وكان الحكم فيه كما لو قتله ؛ وان اندمل الجرح وجب أرشه له على سيده ، فإن كان من جنس مال الكتابة وقد حل عليه نجم تقاصا ، وإن كان من غير جنس مال الكتابة أو كان النجم لم يحل لم يتقاصا ويطالب كل واحد منهما بما يستحقه ، وان اتفقا على أن يجعل أحدهما عوضا عن الاخر وكانا من جنسين لم يجز لأنه بيع دين بدين فإن قبض أحـــدهما حقه ثم دفعه الى الاخر عوضا عن حقه جاز ، وان رضى المكاتب بتعجيل الواجب له عما لم يحل من نجومه جاز اذا كان من جنس مال الكتابة

الحال الثانية : إذا كان الجانى أجنبيا حرا فلا قصاص أيضا لأن الحر لا يقتل بالعبد ، ولكن ينظر إن سرى الجرح الى نفسه انفسخت الكتابة وعلى الجانى قيمته لسيده ، وان اندمل الجرح فعليه أرشه له فإن أدى الكتابة وعتق ثم سرى

الجرح الى نفسه وجبت ديته ، لان اعتبار الضمان بحالة الاستقرار ويكون ذلك لورثته ، فإن كان الجانى السيد أو غيره من الورثة لم يرث منه شيئا لان القاتل لا يرث ويكون لبيت المال إن لم يكن له وارث ، ومن اعتبر الجناية بحالة ابتدائها أوجب على الجانى قيمته ويكون لورثته أيضا .

الحال الثالث : اذا كان الجانى عبدا أو مكاتبا ، فان كان موجب الجناية القصاص وكانت على النفس انفسخت الكتابة وسيده مخير بين القصاص والعفو على مال يتعلق برقبة الجانى ، وان كانت فيما دون النفس مثل أن يقطع يده أو رجله فللمكاتب استيفاء القصاص وليس لسيده منعه ، كما أن المريض يقبض ولا يعترض عليه ورثته ، والمفلس يقبض ولا يعترض عليه غرماؤه ؛ وان عفا على مال ثبت له وان عفا مطلقا أو الى غير مال انبنى ذلك على الروايتين فى موجب العمد ان قلنا موجبه القصاص عينا صح ولم يثبت له مال ، وليس للسيد مطالبته باشتراط مال لان ذلك تكسب ولا يملك السيد اجباره على الكسب ، وان قلنا الواجب أحد أمرين ثبتت له دية الجرح لانه لما سقط القصاص تعين المال ، ولا يصح عفوه عن المال لأنه لايملك التبرع به بغير اذن سيده ، وان صالح على بعض الارش فحكمه حكم العفو الى غير مال .

{ فصـــل }

واذا مات المكاتب وعليه ديون وأروش جنايات ولم يكن ملك ما يؤدى فى كتابته انفسخت كتابته وسقط أرش الجنايات لأنها متعلقة برقبته وقد تلفت ويستوفى دينه مما كان فى يده فإن لم يف بها سقط الباقى

قال أحمد : ليس على سيده قضاء دينه ، هذا كان يسعى لنفسه وان كان قد ملك ما يؤدى فى كتابته انبنى ذلك على الروايتين فى عتق المكاتب بملك ما يؤديه وقد ذكرنا فيه روايتين الظاهر منهما أنه لا يعتق بذلك فتنفسخ الكتابة أيضا ، ويبدأ بقضاء الدين على ماذكرنا فى الحال الأول ، وهذا قول زيد بن ثابت وسعيد ابن المسيب والحسن وشريح وعطاء وعمرو بن دينار وأبى الزناد ويحي الانصارى وربيعة والاوزاعى وأبى حنيفة والشافعى .

والرواية الثانية : أنه اذا ملك ما يؤدى فقد صار حرا ، فعلى هـذا يضرب

السيد مع الغرماء بما حل من نجومه ، وروى نحو هذا عن شريح والنخعي والشعبي والحكم وحماد وابن أبي ليلى والثوري والحسن بن صالح لانه دين له حال فيضرب به كسائر الديون ويجيء على قول من قال إن الدين يحل بالموت أن يضرب بجميع مال الكتابة لانه قد صار حالا ، والمذهب الاول الذي نقله الجماعه عن أحمد .

وقد روى سعيد في سننه . حدثنا هشيم أنا منصور وسعيد عن قتادة قال : ذكرت لسعيد بن المسيب قول شريح في المكاتب اذا مات وعليه دين وبقية من مكاتبته ، فقلت إن شريحا قضى أن مولاه يضرب مع الغرماء ؟ فقال سعيد أخطأ شريح ، قضى زيد بالدين قبل المكاتبة .

« مسألة » قال (واذا كاتبه ثم دبره فإذا أدى صار حراً ، وإن مات السيد قبل الاداء عتق بالتدبير إن حمل الثلث ما بقي من كتابته وإلا عتق منه بمقدار الثلث وسقط من الكتابة بمقدار ما عتق وكان على الكتابة فيما بقي)*

وجملة ذلك أن تدبير المكاتب صحيح لا نعلم فيه خلافا لانه تعليق عتق بصفة وهو يملك إعتاقه ، وإن كان وصية فهو وصية باعتاقه وهو يملكه ، فعند هذا إن أدى عتق بالاداء لانه سبب للعتق ويبطل التدبير للغنى عنه وما في يده له ، وان عجز وفسخت الكتابة بطلت كتابته وصار مدبراً غير مكاتب فاذا مات السيد عتق ان خرج من الثلث وما في يده لسيده ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث ، وان مات السيد قبل أدائه وعجزه عتق بالتدبير إن حمله الثلث ، وان لم يخرج من الثلث عتق منه بقدر الثلث وسقط من الكتابة بقدر ماعتق ، لأن مال الكتابة عوض عنه فاذا عتق نصفه وجب أن يسقط نصف الكتابة لانه لم تبق الكتابة إلا في نصفه فلم يبق عليه من مالها الا بقدر ذلك وهو على الكتابة فيما بقي وما في يده له . وهذا مذهب الشافعي رضي الله عنه .

وقال أصحابنا : اذا عتق بالتدبير بطلت الكتابة وكان ما في يده لسيده كما لو بطلت الكتابة بعجزه لانه عبد عتق بالتدبير فكان ما في يده لسيده كغير المكاتب والصحيح الاول ان شاء الله تعالى لانه مكاتب بريء من مال الكتابة فعتق بذلك

وكان ما فى يده له ، كما لو أبرأه سيده ، يحققه أن ملكه كان ثابتا على ما فى يده ولم يحدث ما يزيله ، وإنما الحادث مزيل لملك سيدة عنه فيبقى ملكه كما لو عتق بالأداء

(فصل) إذا قال السيد لمكاتبه متى عجزت بعد موتى فأنت حر ، فهذا تعليق للحرية على صفة تحدث بعد الموت ؛ وقد ذكرنا فيه اختلافا فيما مضى .

فإن قلنا : لا يصح فلا كلام ، وان قلنا : يصح فتى عجز بعد الموت صار حراً بالصفة ، فإن ادعى العجز قبل حلول النجم لم يعتق لأنه لم يجب عليه شيء يعجز عنه ، وان ادعى ذلك بعد حلول نجمه ومعه ما يؤديه لم يصح قوله لأنه ليس بعاجز وان لم يكن معه مال ظاهر فصدقه الورثة عتق ، وان كذبوه فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم المال وعجزه ؛ فإذا حلف عتق ، وإذا عتق بهذه الصفة كان مافى يده له ان لم تكن كتابته فسخت ، لان العجز لا تنفسخ به الكتابه ، وانما يثبت به استحقاق الفسخ ، والحريه تحصل بأول وجوده ، فتكون الحرية قد حصلت له فى حال كتابته ، فيكون مافى يده له كما لو عتق بالابراء من مال الكتابة ، ومقتضى قول بعض أصحابنا أن تبطل كتابته ويكون ما بيده لورثة سيده .

(فصـــل)

وإذا كاتب عبداً فى صحته ثم أعتقه فى مرض موته أو أبرأه من مال الكتابة فإن كان يخرج من ثلثه الأقل من قيمته أو مال كتابته عتق ، مثل أن يكون له سوى المكاتب مائتان وقيمة المكاتب مائة ومال الكتابة مائة وخمسون فإنا نعتبر قيمته دون مال الكتابة ، وهى تخرج من الثلث ، ولو كان مال الكتابة مائة وقيمته مائة وخمسون اعتبرنا مال الكتابة ونفذ العتق ويعتبر الباقى من مال الكتابة دون ما أدى منها ، وانما اعتبرنا الأقل لأن قيمته ان كانت أقل فهى قيمة ما أتلفه بالاعتاق ، ومال الكتابة ما استقر عليه ، فإن للعبد إسقاطه بتعجيز نفسه أو يمتنع من أدائه فلا يجبر عليه فلم يحتسب له به ، وان كان عوض الكتابة أقل اعتبرناه لانه يعتق بأدائه ولا يستحق السيد عليه سواه ، وقد ضعف ملكه فيه وصار عوضه وان كان كل واحد منهما لا يخرج من الثلث ، مثل أن يكون ماله سوى المكاتب قيمته مائة فإننا نضم الأقل من قيمته أو مال كتابته إلى ماله ونعمل بحسابه فيعتق

منه ثلثاه ويبقى ثلثه بثلث مال الكتابة ، فإن أداه عتق وإلا رق منه ثلثه ، ويحتمل أنه إذا كان مال الكتابة مائة وخمسين فبقي ثلثه بخمسين فأداها أن يقول قد زاد مال الميت لأنه حسب على الورثة بمائة وحصل لهم بثلثه خمسون فقد زاد مال الميت فينبغي أن يزيد ماعتق منه ، لان هذا المال يحصل لهم بعقد السيد والإرث عنه ، ويجب أن يكون المعتبر من مال الكتابة ثلاثة أرباعه لأن ربعه يجب إيتاؤه للمكاتب فلا يحسب من مال الميت ، فعلى هذا اذا كان ثلاثة أرباع مال المكاتب مائة وخمسين وقيمة العبد مائة وللميت مائة أخرى عتق من العبد ثلثاه وحصل للورثة من كتابة العبد خمسون عن ثلث العبد المحسوب عليهم بثلث المائة فقد زاد لهم ثلث الخمسين فيعتق من العبد قدر ثلثها وهو تسع الخمسين ، وذلك نصف تسعه فصار العتق ثابتا فى ثلثيه ونصف تسعه وحصل للورثة المائة وثمانية أتساع الخمسين ، وهو مثلا ما عتق منه .

فإن قيل : لم أعتقتم بعضه وقد بقي عليه بعض مال الكتابة ، وقد قلتم أن المكاتب لا يعتق منه شيء حتى يؤدى جميع مال الكتابة ؟

قلنا : انما أعتقنا بعضه ههنا بإعتاق سيده لا بالكتابة ، ولما كان العتق فى مرض موته نفذ فى ثلث ماله وبقى باقيه لحق الورثة والموضع الذى لا يعتق إلا بأداء جميع الكتابه إذا كان عتقه بها لأنه إذا بقي عليه شيء فما حصل الاستيفاء ويختص المعاوضه فلم تثبت الحريه فى العوض .

﴿ فصل ﴾

وإن وصى سيده بإعتاقه أو إبرائه من الكتابة وكان يخرج من ثلثه أقل الأمرين من قيمته أو مال كتابته فالحكم فيه كالحكم فيما اذا أعتقه فى مرضه أو أبرأه إلا أنه يحتاج ههنا الى إيقاع العتق لأنه أوصى به ، وان لم يخرج الأقل منهما من ثلثه أعتق منه بقدر الثلث ويسقط من الكتابة بقدر ما عتق ويبقى باقيه على باقى الكتابه ، فإن أداه عتق جميعه ، وان عجز عتق منه بقدر الثلث ورق الباقى ، وقياس المذهب أن يتنجز عتق ثلثه فى الحال كقولنا فيمن دبر عبداً له وله مال غائب أو دين فى ذمة موسر أو معسر أنه يعتق ثلثه فى الحال ، وان لم يحصل للورثة

فى الحال شيء ، ولأن حق الورثة متحقق الحصول فانه ان أدى وإلا عاد الباقى قنا وذكر القاضى فيه وجها آخر أنه لا يتنجز عتق شيء منه إذا لم يكن للميت مال سواه لئلا يتنجز للوصية ماعتق منه ويتأخر حق الوارث ، وكذلك لو كان له مال غائب أو دين حاضر لم تتنجز وصيته من الحاضر ، والأول أصح لما ذكرناه .

وأما الحاضر والغائب فانه إن كان أوصى له بالحاضر أخذ ثلثه فى الحال ووقف الباقى على قدوم الغائب فقد حصل للموصى له ثلثه الحاضر ولم يحصل للورثه شيء فى الحال وهو كمسألتنا ، ولم يكمل له جميع وصيته لأن الغائب غير موثوق بحصوله فانه ربما تلف بخلاف ما نحن فيه ، فأما الزيادة الحاصلة بزيادة مال الكتابه فانها تقف على أداء مال الكتابة .

« مسألة » قال (وإذا ادعى المكاتب بوفاء كتابته وأتى بشاهد حلف مع شاهده وصار حراً)

وهذا قول الشافعى رضى الله عنه ، لان النزاع بينهما فى أداء المال ، والمال يقبل فيه الشاهد واليمين .

فان قيل : القصد بهذه الشهادة العتق وهو ما لا يثبت بشاهد ويمين . قلنا بل يثبت بشاهد ويمين فى رواية ، وان سلمنا أنه لا يثبت بذلك لكن الشهادة ههنا انما هى بأداء المال، والعتق يحصل عند أدائه بالعقد الاول ولم يشهد الشاهد به ولا بينهما فيه نزاع ، ولا يمتنع أن يثبت بشهادة الواحد ما يترتب عليه أمر لا يثبت الا بشاهدين ، كما أن الولادة تثبت بشهادة المرأة الواحدة ويترتب عليها ثبوت النسب الذى لا يثبت بشهادة النساء ولا بشاهد واحد .

(فصل) فان لم يكن للعبد شاهد وأنكر السيد فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر ، وان قال العبد لى شاهد غائب أنظر ثلاثا ، فان جاء به وإلا حلف السيد ثم متى جاء شاهده وأدى الشهادة ثبتت حريته ؛ وان جاء بشاهد فجرح فقال لى شاهد غائب عدل أنظر ثلاثاً لما ذكرنا .

(فصل) وان أقر السيد بقبض مال الكتابة عتق العبد اذا كان ممن يصح

اقراره ، وان أقر بذلك فى مرض موته قبل لأنه اقرار لغير وارث ، واقرار المريض لغير وارثه مقبول .

واذا قال استوفيت كتابتى كلها عتق العبد ، وان قال استوفيتها كلها ان شاء الله تعالى ، وان شاء زيد عتق ، ولم يؤثر الاستثناء ، لان هذا الاستثناء لا مدخل له فى الإقرار .

قال أحمد فى رواية أبى طالب : اذا قال له علىّ ألف ان شاء الله كان مقراً بها ولان هذا الاستثناء تعليق بشرط ، والذى يتعلق بالشرط انما هو المستقبل ، وأما الماضى فلا يمكن تعليقه لانه قد وقع على صفة لا يتغير عنها بالشرط ، وانما يدل الشرط فيه على الشك فيه ، فكأنه قال استوفيت كتابتى وأنا أشك فيه فيلغو الشك ويثبت الاقرار . وان قال استوفيت آخر كتابتى وقال انما أردت أنى استوفيت النجم الآخر دون ماقبله ، وادعى العبد اقراره باستيفاء الكل فالقول قول السيد لانه أعرف بمراده .

(فصـــل)

اذا أبرأه السيد من مال الكتابة برىء وعتق ، لان ذمته خلت من مال الكتابة فأشبه ما لو أداه ، وان أبرأه من بعضه برىء منه وكان على الكتابة فيما بقى لأن الابراء كالاداء ، وان كاتبه على دنانير فأبرأه من دراهم ، أو على دراهم فأبرأه من دنانير لم تصح البراءة لانه أبرأه مما لا يجب له عليه ، الا أن يريد بقدر ذلك مما لى عليك .

فان اختلفا فقال المكاتب انما أردت من قيمة ذلك ، وقال السيد بل ظننت أن لى عليك النقد الذى أبرأتك منه فلم تقع البراءة موضعها فالقول قول السيد مع يمينه لانه اعترف بنيته ، وان مات السيد واختلف المكاتب مع ورثته فالقول قولهم مع أيمـــانهم أنهم لا يعلمون موروثهم أراد ذلك ، وان مات المكاتب واختلف ورثته وسيده فالقول قول السيد لما ذكرنا

« مسألة » قال (ولا يكفر المكاتب بغير الصوم)

وجملته أن المكاتب اذا لزمته كفارة ظهار أو جماع فى نهار رمضان أو قتل

أو كفارة يمين لم يكن له التكفير بالمال ، لأنه عبد ولأنه فى حكم المعسر ، بدليل أنه لا تلزمه زكاة ولا نفقة قريب وله أخذ الزكاة لحاجته ، وكفارة العبد والمعسر الصيام ، وإن أذن له سيده فى التكفير بالمال جاز لأنه بمنزلة التبرع ، ويجوز له التبرع بإذن سيده ، ولأن المنع لحقه وقد أذن فيه ، ولا يلزمه التكفير بالمال إذا أذن فيه السيد لأن عليه ضرراً فيه لما يفضى اليه من تفويت حريته ، كما أن التبرع لا يلزمه بإذن سيده .

وقال القاضى : المكاتب كالعبد القن فى التكفير ومتى أذن له سيده فى التكفير بالمال انبنى على ملك العبد إذا ملكه سيده

فإن قلنا لا يملك لم يصح تكفيره بعتق ولا إطعام ولا كسوة ، سواء ملكه سيده أو لم يملكه ، وسواء أذن فيه أو لم يأذن ، لأنه يكفر بما ليس بمملوك له فلم يصح .

وإن قلنا يملك بالتمليك صح تكفيره بالطعام إذا أذن فيه ، وان أذن له فى التكفير بالعتق فهل يصح ؟ على روايتين سبق ذكرهما فى تكفير العبد . والصحيح أن هذا التفصيل لا يتوجه فى المكاتب لانه يملك المال بغير خلاف ، وانما ملكه ناقص لتعلق حق سيده به ، فإذا أذن له سيده فيه صح كالتبرع

« مسألة » قال (وولد المكاتبة الذين ولدتهم فى الكتابة يعتقون بعتقها)

وجملته أنه يصح مكاتبة الامة كما تصح مكاتبة العبد ، لا خلاف بين أهل العلم فيه ، وقد دل عليه حديث بريرة وحديث جويرية بنت الحارث ، ولانها داخلة فى عموم قوله (والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيراً) ولانها يمكنها التكسب والاداء فهى كالعبد ، واذا أتت المكاتبة بولد من غير سيدها ، إما من نكاح أو غيره فهو تابع لها موقوف على عتقها ، فإن عتقت بالاداء أو الابراء عتق ، وان فسخت كتابتها وعادت الى الرق عاد رقيقا

وهذا قول شريح ومالك وأبى حنيفة والثورى واسحاق ، وسواء فى هذا ما كان حملا حال الكتابة وما حدث بعدها .

وقال أبو ثور وابن المنذر : هو عبد قن لا يتبع أمه ، وللشافعي قولان كالمذهبين ، واحتجوا بأن الكتابة غير لازمة من جهة العبد فلا تسرى الى الولد كالتعليق بالصفة :

ولنا أن الكتابة سبب ثابت للعتق لا يجوز ابطاله فسرى الى الولد كالاستيلاد ويفارق التعليق بالصفة ، فان السيد يملك ابطاله بالبيع .

اذا ثبت هذا فالكلام فى الولد فى فصول أربعة ، فى قيمته اذا تلف ، وفى كسبه وفى نفقته وفى عتقه . أما قيمته اذا تلف فقال أبو بكر : هو لامه تستعين بها على كتابتها لان السيد لا يملك التصرف فيه مع كونه عبداً فلا يستحق قيمته ، ولانه بمنزلة جزء منها ، ولو جنى على جزء منها كان أرشه لها كذلك ولدها ، واذا لم يستحقها هو كانت لامه ، لان الحق لا يخرج عنها ، ولأن ولدها لو ملكته بهبة أو شراء كانت قيمته لها فكذلك لو تبعها .

يحققه أنه اذا تبعها صار حكمه حكمها ولا يثبت ملك السيد فى منافعه ولا فى أرش الجناية عليه ، كما لا يثبت له ذلك فيها .

وقال الشافعي فى أحد قوليه تكون القيمة لسيدها لانها لو قتلت كانت قيمتها لسيدها فكذلك ولدها ، والفرق بينهما أن الكتابة تبطل بقتلها فيصير مالها لسيدها بخلاف ولدها فان العقد باق بعد قتله ، فنظير هذا اتلاف بعض أعضائها ،والحكم فى اتلاف بعض أعضائها كالحكم فى اتلافه .

وأما كسبه وأرش الجناية عليه فينبغى أيضا أن يكون لامه لان ولدها جزء منها تابع لها فأشبه بقية أجزائها، ولان أداءها الكتابتها سبب لعتقه وحصول الحرية له فينبغى أن يصرف فيه بمنزلة صرفه اليه ، اذ فى عجزها رقه وفوات كسبه عليه وأما نفقته فعلى أمه لأنها تابعة لكسبه وكسبه لها فنفقته عليها ؛ وأما عتقه فانه يعتق بأدائها أو ابرائها ويرق بعجزها لانه تابع لها ، وان ماتت المكاتبة على كتابتها بطلت كتابتها وعاد رقيقا قنا الا أن تخلف وفاء فيكون على الروايتين ، وان أعتقها سيدها لم يعتق ولدها ، لأنه انما تبعها فى حكم الكتابة وهو العتق بالاداء ، وما حصل الاداء وانما حصل عتقها بأمر لا يتبعها فيه فأشبه ما لو لم تكن مكاتبة ومقتضى قول أصحابنا الذين قالوا تبطل كتابتها بعتقها أن يعود ولدها رقيقا ومقتضى

قولنا أنه يبقى على حكم الكتابة ويعتق بالأداء لأن العقد لم يوجد ما يبطله وإنما سقط الأداء عنها لحصول الحرية بدونه ، فإذا لم يكن لها ولد يتبعها فى الكتابة ولا فى يدها مال يأخذه لم يظهر حكم بقاء العقد ولم يكن فى بقائه فائدة فانتفى لانتفاء فائدته وفى مسألتنا فى بقائه فائدة لافضائه إلى عتق ولدها فينبغى أن يبقى

ويحتمل أن يعتق بإعتاقها لأنه جرى مجرى إبرائها من مال الكتابة والحكم فيما إذا أعتقت باستيلاد أو تدبير أو تعليق بصفة ، كالحكم فيما إذا أعتقها لأنها عتقت بغير الكتابة ، وإن أعتق السيد الولد دونها صح عتقه ، نص عليه أحمد فى رواية مهنا لأنه مملوك فصح عتقه كأمه ، ولأنه لو أعتقه معها اصح ، ومن صح عتقه مع غيره صح مفرداً كسائر مماليكه .

وقال القاضى : وقد كان يجب أن لا ينفذ عتقه لان فيه ضرراً بامه بتفويت كسبه عليها لأنها كانت تستعين به فى كتابتها ، ولعل أحمد نفذ عتقه تغليبا للعتق والصحيح أنه يعتق ، وما ذكره القاضى من الضرر لا يصح لوجوه .

أحدها : أن الضرر إنما يحصل فى حق من له كسب يفضل عن نفقته ، فأما من لا كسب له فتخليصها من نفقته نفع محض فلا ضرر فى إعتاقه لأنه لا يفضل لها من كسبه شىء ينتفع به فكان ينبغى أن لا يقيد الحكم الذى ذكره بهذا القيد .

الثانى : أن النفع بكسبها ليس بواجب لها بدليل أنه لا يملك إجبـــاره على الكسب فلم يكن الضرر بفواته معتبرا فى حقها .

الثالث : أن مطلق الضرر لا يكفى فى منع العتق الذى تحقق مقتضيه ما لم يكن له أصل يشهد بالاعتبار ولم يذكر له أصلا ، ثم هو ملغى بعتق المفلس والراهن وسرايه العتق الى ملك الشريك فإنه يعتق مع وجود الضرر بتفويت الحق اللازم فهذا أولى .

(فصل) فأما ولد ولدها فإن حكمه حكم أمه لأن ولد المكاتب لا يتبعه وأما ولد بنتها فهو كبنتها وبهذا قال الشافعى . وقال أبو حنيفة : لا تسرى الكتابة اليه لأن السراية إنما تكون مع الاتصال وهذا ولد منفصل فلا تسرى اليه ، بدليل أن

ولد أم الولد قبل أن يستولدها لا يسرى اليه الاستيلاد ، وهذا الولد اتصل بأمه دون جدته .

ولنا أن ابنتها ثبت لها حكمها تبعا فيجب أن يثبت لابنتها حكمها تبعا كما يثبت حكم أمها ، ولأن البنت تبعت أمها فيجب أن يتبعها ولدها لأن عليه اتباعها لأنها موجودة فى ولدها ، ولان البنت تعلق بها حق العتق فيجب أن يسرى الى ولدها كالمكاتبة ، وهذا الخلاف فى ولد البنت التابعة لأمها فى الكتابة ، فأما المولودة قبل الكتابة فلا تدخل فى الكتابة فابنتها أولى .

« مسألة » قال (ويجوز بيع المكاتب)

وهذا قول عطاء والنخعى والليث وابن المنذر وهو قديم قولى الشافعى ، قال ولا وجه لقول من قال لا يجوز . وحكى أبو الخطاب عن أحمد رواية أخرى أنه لا يجوز بيعه ، وهو قول مالك وأصحاب الرأى والجديد من قولى الشافعى لأنه عقد يمنع استحقاق كسبه فيمنع بيعه كبيعه وعتقه

وقال الزهرى وأبو الزناد : يجوز بيعه برضاه ولا يجوز إذا لم يرض . وحكى ذلك عن أبى يوسف لأن بريرة إنما بيعت برضاها وطلبها ، ولان لسيده استيفاء منافعه برضاه ولا يجوز بغير رضاه كذلك بيعه .

ولنا ماروى عروة عن عائشة أنها قالت « جاءت بريرة إلى ؛ فقالت ياعائشة إنى كاتبت أهلى على تسع أواق فى كل عام أوقية فأعينينى ، ولم تكن قضت من كتابتها شيئا ، فقالت لها عائشة ، ارجعى الى أهلك ان أحبوا أن أعطيهم ذلك جميعا فعلت ، فذهبت بريرة الى أهلها فعرضت عليهم ذلك فأبوا وقالوا إن شاءت أن تحتسب عليك فلتفعل ويكون ولاؤك لنا ؛ فذكرت ذلك عائشة لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لا يمنعك ذلك منها ابتاعى واعتقى انما الولاء لمن أعتق ، فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال ناس يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ؟ من اشترط شرطا ليس فى كتاب الله فهو باطل وان كان مائة شرط قضاء الله أحق وشرطه أوثق وانما الولاء لمن أعتق » متفق عليه

قال ابن المنذر : بيعت بريرة بعلم النبي صلى الله عليه وسلم وهى مكاتبة ولم ينكر ذلك ، ففى ذلك أبين البيان أن بيعه جائز ، ولا أعلم خبراً يعارضه ، ولا أعلم فى شيء من الأخبار دليلا على عجزها وتأوله له الشافعى ، على أنها كانت قد عجزت ، وكان بيعها فسخا لكتابتها ، وهذا التأويل بعيد يحتاج إلى دليل فى غاية القوة ، وليس فى الخبر ما يدل عليه ، بل قولها أعينينى على كتابتى دلالة على بقائها على الكتابة ، ولانها أخبرتها أن نجومها فى كل عام أوقية فالعجز إنما يكون بمضى عامين عند من لا يرى العجز إلا بحلول نجمين أو بمضى عام عند الآخرين ، والظاهر أن شراء عائشة لها كان فى أول كتابتها ، ولا يصح قياسه على أم الولد لأن سبب حريتها مستقر على وجه لا يمكن فسخه بحال فأشبه الوقف ، والمكاتب يجوز رده إلى الرق وفسخ كتابته إذا عجز فافترقا .

قال ابن أبى موسى: وهل للسيد أن يبيع المكاتب بأكثر مما عليه؟ على روايتين ولان المكاتب عبد مملوك لسيده لم يتحتم عتقه فجاز بيعه كالمعلق عتقه بصفة ، والدليل على أنه مملوك قول النبي صلى الله عليه وسلم « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وأن مولاته لا يلزمها أن تحتجب منه ، بدليل قوله عليه السلام « اذا كان لإحداكن مكاتب فملك ما يؤدى فلتحتجب منه » فيدل على أنها لا تحتجب قبل ذلك .

وقد روينا فى هذا عن نبهان مولى أم سلمة أنه قال : قالت لى أم سلمة يا نبهان هل عندك ما تؤدى ؟ قلت نعم ، فأخرجت الحجاب بينى وبينها وروت هـــذا الحديث ، قال فقلت لا والله ماعندى ما أؤدى ولا أنا بمؤد ، وانما سقط الحجاب عنها منه لكونه مملوكها، ولانه يصح عتقه ولا يصح عتق من ليس بمملوك ويرجع عند العجز الى كونه قناً، ولو صار حراً ماعاد الى الرق ، ويفارق اعتاقه لانه يزيل الرق بالكلية ، وليس بعقد وانما هو اسقاط للملك فيه ، وأما بيعه فلا يمنع مالكه بيعه ، وأما البائع فلم يبق له فيه ملك بخلاف مسألتنا .

(فصل) وتجوز هبته والوصية به ونقل الملك فيه لانه فى معنى بيعه ، وقد

روى عن أحمد انه منع هبته لأن الشرع انما ورد ببيعه ، والصحيح جوازها لان ما كان فى معنى المنصوص عليه ثبت الحكم فيه .

« مســألة » قال (ومشتريه يقوم فيه مقام المكاتب ، فإذا أدى صار حراً وولاؤه لمشتريه ، فإن لم يبين البائع المشترى أنه مكاتب فهو مخير بين أن يرجع فى الثمن أو يأخذ مابينه سليماً ومكاتبا)

وجملة ذلك أن الكتابة لا تنفسخ بالبيع ولا يجوز ابطالها ، ولا نعلم فى هذا خلافا ، قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن بيع السيد مكاتبه على أن يبطل كتابته ببيعه اذا كان ماضيا فيها مؤديا ما يجب عليه من نجومه فى أوقاتها غير جائز ، وذلك لانها عقد لازم فلا تبطل ببيع العبد كإجارته ونكاحه ويبقى على كتابته عند المشترى وعلى نجومه ، كما لو كان عند البائع مبقى على ما بقى عليه من كتابته ويؤدى الى المشترى كما كان يؤدى الى البائع ، فإن عجز فهو عبد لمشتريه لانه صار سيده . وان أدى عتق وولاؤه لمشتريه ، لان حق المكاتب فيه انتقل الى المشترى فصار المشترى هو المعتق ، ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم لعائشة « ابتاعى واعتقى فإنما الولاء لمن أعتق »

ولما أراد أهلها اشتراط ولائها أنكر ذلك وأخبر ببطلانه ، واذا لم يعلم المشترى كونه مكاتبا ثم علم ذلك فله فسخ البيع أو أخذ الارش لان الكتابة عيب لكون المشترى لا يقدر على التصرف فيه ولا يستحق كسبه ولا استخدامه ولا الوطء ان كانت أمة ، وقد انعقد سبب زوال الملك فيه فيملك الفسخ بذلك كمشترى الامة المزوجة أو المعيبة ، فيتخير حينئذ بين فسخ البيع والرجوع بالثمن وبين امساكه وأخذ الارش ، وهو قسط ما بينه مكاتبا وبينه رقيقا قنا ، فيقال كم قيمته مكاتبا وكم قيمته لو كان غير مكاتب ؟

فإذا قيل قيمته مكاتبا مائة وقيمته غير مكاتب مائة وخمسون والثمن مائة وعشرون فقد نقصته الكتابة ثلث قيمته فيرجع بثلث ثمنه وهو أربعون ولا يرجع بالخمسين التى نقصت بالكتابة من قيمته على ماقرر فى البيع

(فصـــل)

فأما بيع الدين الذى على المكاتب من نجومه فلا يصح ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعى وأبو ثور ، وقال عطاء وعمرو بن دينار ومالك يصح لأن السيد يملكها فى ذمة المكاتب فجاز بيعها كسائر أمواله .

ولنا أنه دين غير مستقر فلم يجز بيعه كدين السلم ودليل عدم الاستقرار أنه معرض للسقوط بعجز المكاتب ولانه لا يملك السيد إجبـــار العبد على أدائه ولا إلزامه بتحصيله فلم يجز بيعه كالعدة بالتبرع ولأنه غير مقبوض وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع مالم يقبض فان باعه فالبيع باطل وليس للمشترى مطالبة المكاتب بتسليمه اليه وله الرجوع بالثمن على البائع ان كان دفعه اليه فان ســـلم المكاتب الى المشترى نجومه ففيه وجهان .

أحدهما : يعتق لان البيع تضمن الإذن فى القبض فأشبه قبض الوكيل .

والثانى : لا يعتق لانه لم يستنبه فى القبض وإنما قبض لنفسه بحكم البيع الفاسد فكان القبض أيضاً فاسداً ولم يعتق بخلاف وكيله فانه استنابه ، ولو صرح بالاذن فليس بمستنيب له فى القبض وإنما أذنه بحكم المعاوضة فلا فرق بين التصريح وعدمه فإن قلنا : يعتق بالاداء برىء المكاتب من مال الكتابة ويرجع السيد على المشترى بما قبضه لأنه كالنائب عنه فان كان من جنس الثمن وكان قد تلف تقاصا بقدر أقلهما ورجع ذو الفضل بفضله .

وان قلنا : لا يعتق بذلك فمال الكتابة باق على المكاتب ويرجع المكاتب على المشترى بما دفعه اليه ويرجع المشترى على البائع فان سلمه المشترى الى البائع لم يصح التسليم لانه قبضه بغير إذن المكاتب فأشبه مالو أخذه من ماله بغير اذنه فان كان من غير جنس مال الكتابة تراجعا بما لكل واحد منهما على الآخر وان باعه ما أخذه بماله فى ذمته وكان مما يجوز البيع فيه جاز اذا كان ما قبضه السيد باقيا وان كان قد تلف ووجبت قيمته وكانت من جنس مال الكتابة تقاصا وان كان المقبوض من جنس مال الكتابة فتحاسبا به جاز .

(فصل) واذا كانت المكاتبة ذات ولد يتبعها فى الكتابة فباعهما معا صح

لانهما ملكه ولا مانع من بيعهما ويكونان عند المشترى كما كانا عند البائع سواء وان باع أحدهما دون صاحبه أو باع أحدهما لرجل وباع الآخر لغيره لم يصح لوجهين .

أحدهما : أنه لا يجوز التفريق بين الأم وولدها فى البيع الا بعد البلوغ فى احدى الروايتين .

والثانى : أن الولد تابع لأمه ولها كسبه وعليها نفقته فصار فى معنى مملوكها فلم يجز التفريق بينه وبينها ، ويحتمل أن يجوز ذلك اذا كان بالغا لانه محل للبيع صدر فيه التصرف من أهله ويكون عند من هو عنده على ما كان عليه قبل بيعه لها كسبه وأرش الجناية عليه وعليها نفقته ويعتق بعتقها كما لو بيع والله أعلم .

(فصـــل)

وان وصى بالمكاتب لرجل فقال أبو بكر ، قال أحمد الوصية به جائزة لأنه يرى بيعه ، وكذلك هبته ويقوم من انتقل اليه مقام مكاتبه فى الاداء اليه ، وان عجز عاد اليه رقيقا له قنا وان عتق فالولاء له كما ذكرنا فى المشترى سواء ، فان عجز فى حياة الموصى لم تبطل الوصية لان رقه لاينافى الوصية وان أدى وعتق فى حياة الموصى بطلت الوصية ومن منع بيع المكاتب منع الوصية فيه وهبته فان قال ان عجز ورق فهو لك بعد موتى صحت الوصية اذا عجز فى حياة الموصى وان عجز بعد موته لم يستحقه لان الشرط بطل بموته كما لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر بعد موتى فلم يدخلها حتى مات سيده ، وان قال ان عجزت بعد موتى فهو لك فهذا تعليق للوصية على صفة توجد بعد الموت وقد ذكرنا فى صحتها وجهين .

(فصل) وان وصى بكتابته لرجل صحت الوصية لانها تصح بما ليس بمستقر كما تصح بالا يملكه فى الحال من ثمرة شجرة وحمل جاريته وللموصى له أن يستوفى المـــال عند حلوله وله أن يبرىء منه فاذا استوفاه أو أبرأه منه عتق المكاتب والولاء لسيده لانه المنعم عليه وان عجز المكاتب فأراد الوارث تعجيزه وأراد الموصى له انظاره فالقول قول الوارث لان حق الموصى له فى المال مادام العقد قائما وحق الوارث متعلق به اذا عجزه يرده فى الرق وليس للموصى له ابطال حق

الوارث من تعجيزه وان أراد الوارث إنظاره وأراد الموصى له تعجيزه لم يكن له لأن الحق فى التعجيز والفسخ للوارث ولا حق للموصى له فى ذلك ولا بيع لأن حقه يسقط به ومتى عجز عاد عبداً للورثة وان وصى لرجل بما تعجله المكاتب صح لأنها وصية بصفة فإن عجل شيئا فهو للموصى له وان لم يعجل شيئا حتى حلت نجومه بطلت الوصية .

فصـــل

وان وصى بمال الكتابة لرجل وبرقبته لآخر صحت الوصيتان فإن أدى إلى صاحب المال أو أبرأه منه عتق قال أصحابنا وتبطل وصية صاحب الرقبة ، ويحتمل أن لا تبطل ويكون الولاء له لأنه أقامه مقام نفسه فى استحقاق الرقبة ولولم يوص بها لكان الولاء له فاذا وصى بها كان الولاء لمن وصى له بها ولأنه لو وصى له بالمكاتب مطلقا لكان الولاء له فكذلك اذا وصى برقبته لأن الولاء يستفاد من الوصية بالرقبة دون الوصية بالمال ، وان عجز فسخ صاحب الرقبة كتابته وكان رقيقا له وبطلت الوصية بالمال وان كان صاحب المال قد قبض من كتابته شيئاً فهو له وان اختلفا فى فسخ الكتابة عند العجز قدم قول صاحب الرقبة لأنه يقوم مقام الورثة على ما بيناه فيما تقدم وقياس هذه المسألة أنه لو وصى لرجل برقبة المكاتب دون مال الكتابة أنه يصح لأن الوصية بالرقبة دون المال صحيحة فيما إذا وصى بها لرجل وحده وأوصى بالمال لآخر .

(فصـــل) وإذا كانت الكتابة فاسدة فأوصى لرجل بما فى ذمة المكاتب لم تصح الوصية لأنه لا شيء فى ذمته ، وان قال وصيت لك بما أقبضه من مال الكتابة صح لأن الكتابه الفاسدة يؤدى فيها المال كما يؤدى فى الصحيحة ، وان وصى برقبة المكاتب صح لأن الوصية برقبة المكاتب تصح فى الكتابة الصحيحة ففى الفاسدة أولى .

(فصل) وتصح الوصية لمكاتبه لأنه مع سيده فى المعامله كالأجنبي ولذلك جاز أن يدفع اليه زكاته ، فان قال ضعوا عن مكاتبي بعض كتابته أو بعض ما عليه وضعوا ماشاءوا قليلا كان أو كثيراً من أول نجومه أو من آخرها .

وإن قال ضعوا عنه نجما من نجومه فلهم أن يضعوا أى نجم شاءوا كما لو قال ضعوا أى نجم شئتم وسواء كانت نجومه متفقة أو مختلفة لأن اللفظ يتناول واحداً منها غير معين ، وان قال ضعوا عنه أى نجم شاء كان ذلك الى مشيئته فيلزمهم وضع النجم الذى يختار وضعه لأن سيده جعل المشيئة له .

وان قال ضعوا عنه أكبر نجومه لزمهم أن يضعوا أكبرها مالا لأنه أكبرها قدراً ، وان قال ضعوا عنه أكثر نجومه لزمهم أن يضعوا عنه أكثر من نصفها لأن أكثر الشيء يزيد على نصفه فإذا كانت نجومه خمسه وضعوا ثلاثة ، وان كانت ستة وضعوا أربعة ، ويحتمل أن ينصرف ذلك الى واحد منها أكبرها مالا بمنزلة قوله أكبر نجومه فإن كانت نجومه متساوية تعين الاحتمال الاول ، وان قال ضعوا عنه أوسط نجومه فلم يكن فيها إلا وسط واحد تعينت الوصية فيه مثل أن تكون نجومه متساوية القدر والأجل وعددها منفرد فيتعين وضع أوسطها عدداً فاذا كانت خمسه فالأوسط الثالث وان كانت سبعة فالأوسط الرابع ، وان كان عددها مزدوجا وهى مختلفه المقدار فبعضها مائه وبعضها مائتان وبعضها ثلاثمائة فأوسطها المائتان فتعين الوصيه فيه لأنه أوسطها ، وان كانت متساوية القدر مختلفة الأجل مثل أن يكون اثنان منها الى شهر وواحد الى شهرين وواحد الى ثلاثة أشهر تعينت الوصيه فيما هو الى شهرين لأنها أوسطها .

وان اتفقت هذه المعانى الثلاثه فى واحد تعينت الوصيه فيه وان كان لها أوسط فى القدر وأوسط فى الأجل وأوسط فى العدد يخالف بعضها بعضا فذلك الى اختيار الورثه فلهم وضع ماشاءوا منها .

وان اختلف الورثة والمكاتب فيما أراد الموصى منها فالقول قول الورثة مع أيمانهم أنهم لايعلمون ماأراد الموصى ثم التعيين اليهم ومتى كان فيها أوسطان عين الورثة أحدهما ومتى كان العدد وتراً فأوسطه واحد فان كان شفعا كأربعه وسته فأوسطه اثنان وهكذا القول فيما إذا وصى بأوسط نجومه .

وان قال ضعوا عنه ماخف أو قال ما يثقل أو ما يكثر كان ذلك الى تقدير الورثة لأن كل شيء يخف الى جنب ما هو أخف منه كما قال أصحابنا فيما إذا وصى

بمال عظيم أو كثير أو ثقيل أو خفيف ، وإن قال ضعوا عنه أكثر ما عليه وضع عنه النصف وأدنى زيادة ، وإن قال ضعوا عنه أكثر ما عليه ومثل نصفه فذلك ثلاثة أرباع وأدنى زيادة ، وإن قال ضعوا عنه أكثر ما عليه ومثله فذلك الكتابة كلها وزيادة عليها ، فيصح فى الكتابة ويبطل فى الزيادة لعدم محلها ، وإن قال ضعوا عنه ما شاء فشاء وضع كل ما عليه وضع ما عليه لأن وصيته تتناوله ، وإن قال ضعوا عنه ما شاء من مال الكتابة لم يكن له وضع الكل لأن من للتبعيض فلا تتناول الجميع . ومذهب الشافعى فى هذا الفصل كله كنحو ما ذكرناه .

« مسألة » قال (واذا اشترى المكاتب أباه أو ذا رحمه من المحرم عليه نكاحه لم يعتقوا حتى يؤدى وهم فى ملكه فإن عجز فهم عبيد لسيده) .

الكلام فى هذه المسألة فى فصلين .

أحدهما : أنه يصح أن يشترى من ذوى أرحامه من يعتق عليه بغير اذن سيده . وهذا قول الثورى واسحاق وأصحاب الرأى .

وقال الشافعى لا يصح لأنه تصرف يؤدى الى اتلاف ماله لأنه يخرج من ماله مايجوز له التصرف فيه فى مقابلة ما لا يجوز له التصرف فيه فأشبه الهبة فإن أذن له سيده فيه ، فمنهم من قال يجوز قولا واحداً وهو قول مالك لأن المنع لحق سيده فجاز بإذنه ومنهم من قال فيه قولان .

ولنا : أنه اشترى مملوكا لا ضرر فى شرائه فصح كالاجنبى وبيانه أنه يأخذ كسبهم ، وان عجز صاروا رقيقا لسيده ولأنه يصح أن يشتريه غيره فصح شراؤه له كالأجنبى ويفارق الهبة لأنها تفوت المال بغير عوض ولا نفع يرجع الى المكاتب ولا السيد ولأنه تحقق السبب وهو صدور التصرف من أهله فى محله ولم يتحقق المانع لان ما ذكروه لا نص فيه ولا أصل له يقاس عليه .

الفصل الثانى : أنهم لا يعتقون بمجرد ملكه لهم لانه لو باشرهم بالعتق أو أعتق غيرهم لم يقع العتق فلا يقع بالشراء الذى أقيم مقامه ولا يجوز له بيعهم ولا هبتهم ولا اخراجهم عن ملكه . وقال أصحاب الرأى له بيع من عدا المولودين والوالدين لانهم ليست قرابتهم قرابة حريه ولا تعصيبية فأشبهوا الاجانب .

ولنا : أنه ذو رحم يعتق عليه اذا عتق ولا يجوز بيعه كالوالدين والمولودين ولانه لا يملك بيعهم اذا كان حراً فلا يملكه مكاتبا كوالديه ولانهم نزلوا منزلة أجزائه فلم يملك بيعهم كيده فإذا أدى وهم فى ملكه عتقوا لانه كمل ملكه فيهم وزال تعلق حق سيده عنهم فعتقوا حينئذ وولاؤهم له دون سيدهم لانهم عتقوا عليه بعد زوال ملك سيده عنه فيكونون بمنزلة ما لو اشتراهم بعد عتقه وان عجز ورد فى الرق صاروا عبيداً للسيد لانهم من ماله فيصيرون للسيد بعجزه كعبيده الاجانب .

(فصل) وكسبهم للمكاتب لانهم مماليكه ونفقتهم عليه بحكم الملك لا بحكم القرابة وان أعتقهم السيد لم يعتقوا لانه لا يملكهم فلا يملك التصرف فيهم وان أعتقهم المكاتب بغير اذن سيده لم يعتقوا لتعلق حق سيده بهم وان أعتقهم باذنه عتقوا كما لو أعتق غيرهم من عبيده وان أعتقه سيده عتق وصاروا رقيقا للسيد كما لو عجز لان كتابته تبطل بعتقه كما تبطل بموته وعلى ما اخترناه يعتقون لانه عتق قبل فسخ الكتابة فوجب أن يعتقوا كما لو عتق بالإبراء من مال الكتابة أو بأدائه . يحقق هذا أن الكتابة عقد لازم يستفيد بها المكاتب ملك رقيقه واكتسابه ويبقى حق السيد فى ملك رقبته على وجه لا يزول إلا بالاداء أو ما يقوم مقامه فلا يتسلط السيد على ابطالها فيما يرجع الى ابطال حق المكاتب ، وانما يتسلط على ابطال حقه من رقبة المكاتب فينفذ فى ماله دون ما للمكاتب ، وقد ذكرنا مثل هذا فيما مضى وان مات المكاتب ولم يخلف وفاء عاد رقيقا ، وقال ابو يوسف ومحمد يسعون فى الكتابة على نجومها ، وكذلك أم ولده ؛ وقال أبو حنيفة فى الولد خاصة ان جاء بالكتابة حالة قبلت منه وعتق .

ولنا : أنه عبد للمكاتب فصار بموته لسيده اذا لم يخلف وفاء كالاجنبي وان خلف وفاء انبنى على الروايتين فى فسخ الكتابة على ما تقدم .

(فصل) وان وهب له بعض ذوى رحمه فله قبوله ، وان وصى له به فله قبول الوصية لانه اذا ملك شراءه مع مافيه من بذل ماله فلأن يجوز بغير عوض أولى واذا ملكه فحكمه حكم ما لو اشتراه .

(فصل) يجوز أن يشترى المكاتب امرأته والمكاتبة زوجها لان ذلك

يجوز لغير المكاتب فجاز للمكاتب كشراء الأجانب وينفسخ النكاح بذلك ، وبهذا قال الشافعى ، وقال أبو حنيفة لا ينفسخ لأن المكاتب لا يملك بدليل أنه لا يجوز له التسرى ولا يعتق والده وولده إذا اشتراه فأشبه العبد القن .

ولنا : أن المكاتب يملك ما اشتراه بدليل أنه تثبت له الشفعة على سيده ولسيده عليه ويجرى الربا بينه وبينه وإنما منع من التسرى لتعلق حق سيده بما فى يده كما يمنع الراهن من الوطء مع ثبوت ملكه ولم يعتق عليه ذوو رحمه لذلك فإذا اشترى أحدهما الآخر فله التصرف فيه لأنه أجنبى منه .

(فصل) وإذا زوج السيد ابنه من مكاتبة برضاها ثم مات السيد وكانت من ورثته انفسخ النكاح وبهذا قال الشافعى وقال أبو حنيفة لا ينفسخ النكاح لأنها لا ترثه وإنما تملك نصيبها من الدين الذى عليه بدليل أن الوارث لو أبرأ المكاتب من الدين عتق وكان الولاء للميت لا للوارث فإن عجز وعاد رقيقا انفسخ النكاح حينئذ لأنها ملكت نفسها منه .

ولنا : أن المكاتب مملوك لسيده لا يعتق بموته فوجب أن ينتقل إلى ورثته كسائر أملاكه ولأنها لا يجوز لها ابتداء نكاحه لأجل الملك فانفسخ نكاحها بتجدد ذلك فيه كالعبد القن . وأما كون الولاء للميت فلأن السبب وجد منه فنسب العتق اليه وثبت الولاء له ، إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن ترثه كله أو ترث نصيبها منه لأنها إذا ملكت منه جزءاً انفسخ النكاح فيه فبطل فى باقيه لأنه لا يتجزأ وكذلك لو اشترت زوجها أو جزءاً منه أو ورثت شيئا من العبد القن بطل نكاحها وإن كانت لا ترث أباها لمانع من موانع الميراث فنكاحها باق بحاله والحكم فى سائر الورثة من النساء كالحكم فى البنت وكذلك لو تزوج رجل مكاتبة فورثها أو ورث شيئا منها انفسخ نكاحه لذلك والله أعلم .

« مسألة » قال (وإذا كان العبد لثلاثة فجاءهم بثلاثمائة درهم فقال بيعونى نفسى بها فأجابوه فلما عاد إليهم ليكتبوا له كتابا أنكر أحدهم أن يكون أخذ شيئا وشهد الرجلان عليه بالاخذ فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين إذا كانا عدلين ويشاركهما فيما أخذا من المال وليس على العبد شىء)

اعترض على الخرقى فى هذه المسألة حيث أجاز له شراء نفسه بعين ما فى يده مع أنه قد ذكر فى باب العتق إذا قال العبد لرجل اشترنى من سيدى بهذا المال واعتقنى فاشتراه بعين المال كان الشراء والعتق باطلين ويكون السيد قد أخذ ماله، وقد أجاب القاضى عن هذا الإشكال بوجوه، منها : أن يكون مكاتبا، وقوله بيعونى من نفسى بهذه أى أعجل لكم الثلاثمائة وتضعون عنى ما بقى من كتابتى، ولهذا ذكرهما فى باب المكاتب.

الثانى : أن يكون المال فى يد العبد الاجنبى قال له اشتر نفسك بها من غير أن يملكه إياها.

الثالث : أن يكون عتقا بصفة تقديره اذا قبضنا منك هذه الدراهم فأنت حر.

الرابع. أن يكون رضى سادته ببيعه نفسه بما فى يده وفعلهم ذلك معه اعتاق منهم له مشروطا بتأدية ذلك اليهم فتكون صورته صورة البيع، ومعناه العتق بشرط الاداء كما لو قال بعتك نفسك بخدمتى سنة، فإن منافعه مملوكة لسيده، وقد صح هذا فيها فكان ههنا، وهذا الوجه أظهرها ان شاء الله تعالى لانه لا يحتاج الى تأويل، ومتى أمكن حمل الكلام على ظاهره لم يجز تأويله بغير دليل، واذا تعذر هذا فمتى اشترى العبد نفسه من سادته عتق لان البيع يخرجه من ملكهم ولا يثبت عليه ملك آخر، الا أنه ههنا لا يعتق الا بالقبض لانا جعلناه عتقا مشروطا بالقبض، وبهذا قال الخرقى فقد صار العبد حراً بشهادة الشريكين اللذين شهدا بالقبض، ولو عتق بالبيع اعتق باعترافهم به لا بالشهادة بالقبض.

ومتى أنكر أحدهم أخذ نصيبه من الثمن فشهد عليه شريكاه فكانا عدلين قبلت شهادتهما لانهما عدلان شهدا للعبد بأداء ما يعتق به فقبلت شهادتهما كالاجنبيين ورجع المشهود عليه عليهما فيشاركهما فيما أخذاه لانهما اعترفا بأخذ مائتين من ثمن العبد، والعبد مشترك بينهم فثمنه يجب أن يكون بينهم، ولان مافى يد العبد لهم والذى أخذاه كان فى يده فيجب أن يشترك الجميع فيه ويكون بينهم بالسوية وشهادتهما فيما لهما فيه نفع غير مقبولة ودفع مشاركته لهما فيه نفع لهما فلم تقبل شهادتهما فيه وقبلت شهادتهما فيما ينتفع به العبد دون ما ينتفعان به كما لو أقر بشىء لغيرهما لهما فيه نفع فإن اقرارهما يقبل فيما عليهما دون مالهما.

وقياس المذهب أن لا تقبل شهادتهما على شريكهما بالقبض لأنهما يدفعان بها عن أنفسهما مغرما ، ومن شهد شهادة جر إلى نفسه نفعا بطلت شهادته فى الكل وإنما يقبل ذلك فى الإقرار لأن العداله غير معتبرة فيه والتهمة لا تمنع من صحته بخلاف الشهادة ؛ فعلى هذا القياس يعتق نصيب الشاهدين باقرارهما ويبقى نصيب المشهود عليه موقوفا على القبض ، وله مطالبته بنصيبه أو مشاركة صاحبه فيما أخذ ، فإن شاركهما أخذ منهما ثلثى مائة ورجع على العبد بتمام المائة ، ولا يرجع المأخوذ منه على الآخر بشيء لأنه إن أخذ من العبد فهو يقول ظلمنى وأخذ منى مرتين ، وإن أخذ من الشاهدين فهما يقولان ظلمنا وأخذ منا مالا يستحقه علينا ولا يرجع المظلوم على غير ظالمه .

وإن كانا غير عدلين فكذلك سواء قلنا إن شهادة المدالين مقبولة أو لا ، لأن غير العدل لا تقبل شهادته وانما يؤاخذ بإقراره ، فإن أنكر الثالث البيع فنصيبه باق على الرق اذا حلف الا أن يشهدا عليه بالبيع ويكونان عدلين فتقبل شهادتهما لأنهما لا يجران الى أنفسهما بهذه الشهادة نفعا .

(فصل) واذا كان العبد بين شريكين فكاتباه بمائة فادعى دفعها اليهما وصدقاه عتق ؛ فإن أنكرا ولم تكن بينة فالقول قولهما مع أيمانهما ، وان أقر أحدهما وأنكر الآخر عتق نصيب المقر ؛ وأما المنكر فعلى قول الخرقى تقبل شهادة شريكه عليه اذا كان عدلا فيحلف العبد مع شهادته ويصير حرا ويرجع المنكر على الشاهد فيشاركه فيما أخذه ؛

وأما القياس فيقتضى أن لا تسمع شهادة شريكه عليه لانه يدفع بشهادته عن نفسه مغرما والقول قول سيده مع يمينه ، فإذا حلف فله مطالبة شريكه بنصف ما اعترف به وهو خمسة وعشرون ، لان ماقبضه كسب العبد وهو مشترك بينهما .

فان قيل فالمنكر ينكر قبض شريكه فكيف يرجع عليه ؟ قلنا انما ينكر قبض نفسه وشريكه مقر بالقبض ، ويجوز أن يكون قد قبض فلم يعلم به ، واذا أقر بمتصور لزمه حكم اقراره ومن حكمه جواز رجوع شريكه عليه ، فان قيل لو كان عليه دين لاثنين فوفى أحدهما لم يرجع الاخر على شريكه فلم يرجع ههنا

قلنا إن كان الدين ثابتا بسبب واحد فما قبض أحدهما منه يرجع الآخر عليه كمسألتنا ، وعلى أن هذا يفارق الدين لكون الدين لا يتعلق بما فى يد الغريم إنما يتعلق بذمته فحسب والسيد يتعلق حقه بما فى يد المكاتب ولا يدفع شيئا منه إلى أحدهما إلا كان حق الآخر ثابتا فيه .

إذا ثبت هذا : فإنه ان رجع على العبد بخمسين استقر ملك الشريك فيه على ما أخذه ولم يرجع العبد عليه بشيء ، لأنه إنما قبض حقه ، وان رجع على الشريك رجع عليه بخمسة وعشرين وعلى العبد بخمسة وعشرين ولم يرجع أحدهما على الآخر بما أخذ منه لما ذكرنا من قبل .

وان عجز العبد عن أداء ما يرجع به عليه فله تعجيزه واسترقاقه ويكون نصفه حراً ونصفه رقيقا ورجع على الشريك بنصف ما أخذه ولا تسرى الحرية فيه ، لأن الشريك والعبد يعتقدان أن الحرية ثابتة فى جميعه وأن هذا المنكر غاصب لهذا النصف الذى استرقه ظالم باسترقاقه ، والمنكر يدعى رق العبد جميعه ولا يعترف بحرية شيء منه ، لأنه يزعم أنى ما قبضت نصيبي من كتابته وشريكى إن قبض شيئا فقد استحق نصفه بغير إذنى فلا يعتق شيء منه بهذا القبض وسراية العتق ممتنعة على كلا القولين ، لأن السراية إنما تكون فيما إذا عتق بعضه وبقى بعضه رقيقا وجميعهم يتفقون على خلاف ذلك ، وهذا المنصوص عن الشافعى رضى الله عنه .

(فصـــل)

فإن ادعى العبد أنه دفع المائة الى أحدهما ليدفع الى شريكه حقه ويأخذ الباقى وأنكر المدعى عليه حلف وبرىء ، وإذا قال إنما دفعت الى حق والى شريكى حقه ولا بينة للعبد فالقول قول المدعى عليه فى أنه لم يقبض إلا قدر حقه مع يمينه ولا نزاع بين العبد وبين الآخر لأنه لم يدع عليه شيئا وله مطالبة العبد بجميع حقه وله مطالبته بنصفه ومطالبة القابض بنصف ما قبضه ، فإن اختار مطالبة العبد فله القبض منه بغير يمين ، وان اختار الرجوع على شريكه بنصفه فللشريك عليه اليمين أنه لم يقبض من المكاتب شيئا ، لأنه لو أقر بذلك لسقط حقه من الرجوع

فإذا أنكره لزمته اليمين ، فإن شهد القابض على شريكه بالقبض لم تقبل شهادته لمعنيين . أحدهما : أن المكاتب لم يدع عليه شيئا وإنما تقبل البينة إذا شهدت بصدق المدعى .

والثانى : أنه يدفع عن نفسه مغرما ، فإن عجز العبد فلغير القابض أن يسترق نصفه ويقوم عليه نصيب شريكه لأن العبد معترف برقه غير مدع لحرية هذا النصيب بخلاف التى قبلها .

ويحتمل أن لا تقوم أيضا لأن القابض يدعى حريه جميعه والمنكر يدعى ما يوجب رق جميعه فإنهما يقولان ماقبضه قبضه بغير حق ولا يعتق حتى يسلم الى مثل ما سلم اليه ، فإذا كان أحدهما يدعى رق جميعه والآخر يدعى حرية جميعه فما اتفقا على حرية البعض دون البعض .

فصل

وان اعترف المدعى بقبض المائة على الوجه الذى ادعاه المكاتب ، وقال قد دفعت الى شريكى نصفها فأنكر الشريك فالقول قوله مع يمينه وله مطالبة من شاء منهما بجميع حقه وللمرجوع عليه أن يحلفه ، فإن رجع على الشريك فأخذ منه خمسين كان له ذلك لأنه اعترف بقبض المائة كلها ويعتق المكاتب لأنه وصل الى كل واحد منهما قدر حقه من الكتابة ولا يرجع الشريك عليه بشيء لأنه يعترف له بأداء ما عليه وبراءته منه ، وانما يزعم أن شريكه ظلمة ولا يرجع على غير ظالمة فان رجع على العبد فله أن يأخذ منه الخمسين لانه يزعم أنه ماقبض شيئا من كتابته وللعبد الرجوع على القابض بها سواء صدقه فى دفعها إلى المنكر أو كذبه ، لأنه وإن دفعهافقددفعها دفعاغير مبرأ فكان مفرطا ويعتق العبد بأدائها فإن عجز عن أدائها فله أن ياخذهامن القابض ثم يسلمهافان تعذر ذلك فله تعجيزه واسترقاق نصفه ومشاركة القابض فى الخمسين التى قبضها عوضا عن نصيبه ويقوم على الشريك القابض ان كان موسراً الا أن يكون العبد يصدقه فى دفع الخمسين الى شريكه ، ولا يقوم لأنه يعترف أنه حر وأن هذا ظلمه باسترقاق نصفه الحر ، وإن أمكن الرجوع على القابض بالخمسين ودفعها الى المنكر فامتنع من ذلك فهل يملك المنكر تعجيزه واسترقاق نصفه ؟ على وجهين بناء على القول فى تعجيز العبد نفسه مع القدرة على

الأداء ان قلنا له ذلك فللمنكر استرقاقه وان قلنا ليس له ذلك فليس للمنكر استرقاقه لأنه قادر على الأداء .

فإن قيل : فلم لا يرجع المنكر على القابض بنصف ما قبضه إذا استرق نصف العبد ؟ قلنا لانه لو رجع عليه بها كان قابضاً جميع حقه من مال الكتابة فيعتق المكاتب بذلك إلا أن يتعذر قبضها فى نجومها فتفسخ الكتابة ثم يطالب بها بعد ذلك فيكون له الرجوع بنصفها كما لو كانت غائبة فى بلد آخر وتعذر تسليمها حتى فسخت الكتابة والله أعلم .

« مسألة » قال (واذا قال السيد كاتبتك على ألفين وقال العبد على ألف فالقول قول السيد مع يمينه)

قال القاضى هذا المذهب نص عليه أحمد رضى الله عنه فى رواية الكوسج ، وهو قول الثورى والأوزاعى وإسحاق ، وقال أبو بكر اتفق أحمد والشافعى على أنهما يتحالفان ويترادان ، وهو قول أبى يوسف ومحمد لأنهما اختلفا فى عوض العقد القائم بينهما فيتحالفان إذا لم تكن بينة كالمتبايعين ، وحكى عن أحمد (رض) رواية ثالثة أن القول قول المكاتب ، وهو قول أبى حنيفة لانه منكر للألف الزائد والقول قول المنكر ولأنه مدعى عليه فيدخل فى عموم قوله عليه السلام « ولكن اليمين على المدعى عليه » .

ولنا أنه اختلاف فى الكتابة فالقول قول السيد فيه كما لو اختلفا فى أصلها ، ويفارق البيع من وجهين .

أحدهما : أن الاصل فى البيع عدم ملك كل واحد منهما لما صار اليه والاصل فى المكاتب وكسبه أنه لسيده فالقول قوله فيه .

والثانى : أن التحالف فى البيع مفيد ولا فائدة فى التحالف فى الكتابة فان الحاصل منه يحصل بيمين السيد وحده وبيان ذلك أن الحاصل بالتحالف فسخ الكتابة ورد العبد الى الرق اذا لم يرض بما حلف عليه سيده وهذا يحصل من جعل القول قول السيد مع يمينه فلا يشرع التحالف مع عدم فائدته وإنما قدمنا قول المنكر فى سائر المواضع لان الاصل معه والاصل ههنا مع السيد لان الاصل

ملكه العبد وكسبه ، فاذا ثبت هذا : فتى حلف السيد ثبتت الكتابة بألفين كما لو اتفقا عليها ، وسواء كان اختلافهما قبل العتق أو بعده ، مثل أن يدفع اليه ألفين فيعتق ثم يدعى المكاتب أن أحدهما عن الكتابة والآخر وديعة ، ويقول السيد هما جميعا مال الكتابة، ومن قال بالتحالف قال إذا تحالفا فلكل واحد منهما فسخ الكتابة الا أن يرضى بقول صاحبه ، وان كان التحالف بعد العتق في مثل الصور التى ذكرناها لم ترتفع الحرية لأنها لا يمكن رفعها بعد حصولها ولا إعادة الرق بعد رفعه ولكن يرجع السيد بقيمته ويرد عليه ما أدى اليه ، فان كان من جنس واحد تقاصا بقدر أقلهما وأخذ ذو الفضل فضله .

(فصل) وان اختلفا فى أداء النجوم فقال المكاتب أديت وعتقت وأنكر السيد فالقول قول السيد مع يمينه لانه منكر والقول قول المنكر ، واختلفا فى إبرائه من مال الكتابة أو شيء منه فالقول قول السيد مع يمينه لذلك .

(فصـــل)

وان كاتب عبدين واستوفى من أحدهما ولم يدر من أيهما استوفى فقياس المذهب أن يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة عتق ورق الآخر ، كما لو أعتق عبداً من عبيده وأنسيه ، فان ادعى الآخر عليه أنه أدى فعليه اليمين أنه ما أدى اليه ، فان نكل عتق الآخر ، فان مات السيد قبل القرعة أقرع الورثة ، فان ادعى الآخر عليهم أنه المؤدى فعليهم اليمين أنهم لا يعلمون أنه أدى لانها يمين على نفى فعل الغير فان أقام أحد العبدين بينة أنه أدى عتق ، سواء كان قبل القرعة أو بعدها فى حياة السيد أو بعد موته ، فان كان ذلك قبل القرعة تعينت الحرية فيه ورق الآخر ، وان كان بعدها فكذلك لان القرعة ليست عتقا وإنما هى معينة للعتق والبينة أقوى منها فثبت بها خطأ القرعة فتبين بقاء الرق فى الذى ظننا حريته كما تبينا حرية من ظننا رقه ، ولان من لم يؤد لا يصير مؤديا بوقوع القرعة له فلا يوجد حكمه الذى هو العتق ، ويتخرج على قول أبى بكر وابن حامد أن يعتقا على ماذكرناه فى الطلاق وكذلك الحكم فيما إذا ذكر السيد المؤدى منهما .

ومتى ادعى الآخر أنه أدى فله اليمين على المدعى عليه ، سواء كان السيد أو ورثته إلا أنه إن كان المدعى عليه السيد فاليمين على البت ، وإن كانت على ورثته فاليمين على نفى العلم إلا أن يدعى الأداء اليهم فتكون أيمانهم على البت أيضا ، وعلى كل واحد من الورثة يمين ، لأن كل واحد منهم يدعى عليه فلزمته اليمين ، كما لو انفرد بالدعوى .

(فصـــل) إذا كان للمكاتب أولاد من معتقة آخر غير سيده فقال سيده قد أدى الى وعتق فانجر ولاء ولده الى فانكر ذلك مولى أمهم وكان المكاتب حيا فقد صار حراً بهذا القول فإنه اقرار من سيده بعتقه وينجر ولاء ولده اليه ، وان كان ميتاً فالقول قول مولى أمهم لأن الأصل الرق وبقاء ولائهم له فيحلف ويبقى ولاؤهم له .

« مسألة » قال (واذا أعتق الامة أو كاتبها وشرط ما فى بطنها أو أعتق ما فى بطنها دونها فله الشرط)

روى نحو هذا القول عن ابن عمر وأبي هريرة والنخعى واسحاق وابن المنذر . وقال ابن سيرين : له ما استثنى . وقال عطاء والشعبي : اذا استثنى ما فى بطنها فله استثناؤه .

وقال مالك والشافعى : لا يصح استثناء الجنين لان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الثنياء الا أن تعلم ، ولأنه لا يصح استثناؤه فى البيع فلا يصح فى العتق كبعض أعضائها .

ولنا قول ابن عمر وأبي هريرة ولم نعلم لهما مخالفاً فى الصحابة ، قال أحمد : أذهب الى حديث ابن عمر فى العتق ولا أذهب اليه فى البيع .

وقد روى الاثرم بإسناده عن ابن عمر انه أعتق جارية واستثنى ما فى بطنها ولان النبي صلى الله عليه وسلم قال « المسلمون على شروطهم » وهذا قد شرط ما فى بطن معتقته فكان له بمقتضى الخبر ، ولانه يصح اقراره بالعتق فصح استثناؤه . وأما خبرهم فنقول به ، والحمل معلوم فيصح استثناؤه بمقتضى الحديث ، ويفارق

البيع فإنه عقد معاوضة يعتبر فيه العلم بصفات العوض ليعلم هل هو قائم مقـــام العوض أم لا ؟ والعتق تبرع لا تتوقف صحته على معرفة صفات المعتق ولا تنافيه الجهالة بها ، ويكفى العلم بوجوده وقد علم ذلك ، ولذلك صح افراد الحمل بالعتق ولم يصح افراده بالبيع ، ولان استثناءه فى البيع اذا بطل بطل البيع كله ، وههنا اذا بطل استثناؤه لم يبطل العتق فى الامة ويسرى الاعتاق اليه فكيف يصح اعتاقه مع تضـــاد الحكم فيهما ؟ ولا يصح قياسه على بعض أعضائها لان العضو لا يتصور انفراده بالرق والحرية دون الحمل ، وكذلك لو أعتق عضوا من أمته صارت كلها حرة فإذا اعتق بعضها سرى الى المستثنى ، والولد حيوان منفرد لو أعتقه لم تسر الحرية الى أمه ويصح انفراده بالحرية عن أمه فيما اذا أعتقه دونها وفى ولد المغرور بحرية أمه وفيما اذا وطىء بشبهة وفى ولد أم الولد وغير ذلك لا يمكن ذلك فى بعض الاعضاء ، ولان الولد يرث ويورث ويوصى به وله ، واذا قتل كان بدله موروثا ولا تختص به أمه ، وتجب الكفارة بقتله والدية فى مقابلته فكيف يصح قياسه على أعضائها ؟ فأما ان أعتق ما فى بطنها دونها فلا أعلم خلافا فيه .

قال اسحاق بن منصور : سئل سفيان عن رجل قال ما فى بطنك حر ؟ قال هو حر والام مملوكة لان ولدها منها وليست هى من ولدها ، قال أحمد : واسحاق جيد . وقال مهنا : سألت أحمد رضى الله عنه عن رجل زوج أمته فقالت فقد حبلت فقال لها مولاها ما فى بطنك حر ولم تكن حاملا ؟ قال لا تعتق . فأعدت عليه القول مرة أخرى ، فقال لا يكون شىء انما أراد ما فى بطنها فلم يكن شىء . قال المروذى : وسئل أبو عبد الله عن رجل أعتق عبداً له واستثنى منه خدمته شهرا ، فقال جائز .

« مسألة » قال (ولا بأس أن يعجل المكاتب لسيده بعض كتابته ويضع عنه بعض كتابته)

وجملته أنه اذا كاتبه على ألف فى نجمين الى سنة ثم قال عجل لى خمسمائة منه حتى أضع عنك الباقى أو حتى أبرئك من الباقى ، أو قال صالحنى منه على خمسمائة

معجلة جاز ذلك ، وبه يقول طاوس والزهرى والنخعى وأبو حنيفة ، وكرهه الحسن وابن سيرين والشعبى .

وقال الشافعى : لا يجوز لان هذا بيع ألف بخمسمائة وهو ربا الجاهلية ، وهو أن يزيد فى الدين لأجل الأجل ، وهذا أيضا هبة ، ولان هذا لا يجوز بين الأجانب ، والربا يجرى بين المكاتب وسيده فلم يجز هذا بينهما كالأجانب .

ولنا أن مال الكتابة غير مستقر ولا هو دين صحيح ، بدليل أنه لا يجبر على أدائه ، وله أن يمتنع من أدائه ، ولا تصح الكفالة به وما يؤديه الى سيده كسب عبده وإنما جعل الشرع هذا العقد وسيلة الى العتق وأوجب فيه التأجيل مبالغة فى تحصيل العتق وتخفيفا عن المكاتب فإذا أمكنه التعجيل على وجه يسقط عنه بعض ما عليه كان أبلغ فى حصول العتق وأخف على العبد ، ويحصل من السيد اسقاط بعض ماله على عبده ، ومن الله تعالى إسقاط ما أوجبه عليه من الاجل لمصلحته ، ويفارق سائر الديون بما ذكرنا ، ويفارق الاجانب من حيث أن هذا عبده فهو أشبه بعبده القن .

وقولهم ان الربا يجرى بينهما فنمنعه على ما ذكر ابن أبى موسى ، وان سلمناه فإن هذا مفارق لسائر الربا بما ذكرناه ، وهذا يخالف ربا الجاهلية فإنه اسقاط لبعض الدين ، وربا الجاهلية زيادة فى الدين ، وربا الجاهلية يفضى الى نفاد مال المدين وتحمله من الدين ما يعجز عن وفائه فيحبس من أجله ويؤسر به ، وهذا يفضى الى تعجيل عتق المكاتب وخلاصه من الرق والتخفيف عنه فافترقا .

﴿ فصـــل ﴾

فإن اتفقا على الزيادة فى الأجل والدين ، مثل أن يكاتبه على ألف فى نجمين الى سنة يؤدى فى نصفها خمسمائة وفى آخرها الباقى ، فيجعلانها الى سنتين بألف ومائتين فى كل سنة ستمائة أو مثل أن يحل عليه نجم فيقول أخرنى به الى كذا وأزيدك كذا فيحتمل أنه لا يجوز لان الدين المؤجل الى وقت لا يتأخر اجله عن وقته باتفاقهما عليه ولا يتغير أجله بتغييره ، واذا لم يتأخر عن وقته لم تصح الزيادة التى فى مقابلته ولأن هذا يشبه ربا الجاهلية المحرم ، وهو الزيادة فى الدين للزيادة فى الأجل .

ويفارق المسألة الاولى من هذين الوجهين، فإن قيل فكما أن الآجل لا يتأخر كذلك لا يتعجل ولا يصير الدين المؤجل حالا فلم جاز فى المسألة الأولى ؟ قلنا : إنما جاز فى المسألة الاولى بالتعجيل فعلا ، فإنه اذا دفع اليه الدين المؤجل قبل محله جاز ، وجاز للسيد اسقاط باقى حقه عليه ، وفى هذه المسألة يأخذ أكثر مما وقع عليه العقد فهو ضد المسألة الاولى ، وهو ممتنع من وجه آخر لأن فى ضمن الكتابه انك متى أديت الى كذا فأنت حر ، فإذا أدى اليه ذلك فينبغى أن يعتق .

فإن قيل : فإذا غير الاجل والعوض فكأنهما فسخا الكتابة الاولى وجعلاها كتابة ثانية ، قلنا : لم يجر بينهما فسخ وانما قصدا تغيير العوض والاجل على وجه لا يصح فيبطل التغيير ويبقى العقد بحاله ، ويحتمل أن يصح ذلك كما فى المسألة الاولى ، فعلى هذا لو اتفقا على ذلك ثم رجع أحدهما فإن له الرجوع ؛ وكذلك فى المسألة الاولى لو قال أعجل لك مال الكتابة وتسقط عنى منه كذا ؟ فقال نعم ثم رجع أحدهما قبل التعجيل فله الرجوع ، لما ذكرنا من أن الدين المؤجل لا يتأخر عن أجله ولا يتقدم ، وانما له أن يؤديه قبل محله ، ولمن له الدين ترك قبضه فى محله ، وذلك الى اختياره فاذا وعد به ثم رجع قبل الفعل فله ذلك .

(فصـــل)

فان صالح المكاتب سيده عما فى ذمته بغير جنسه ، مثل أن يصالحه عن النقود بحنطة أو شعير جاز ، الا أنه لا يجوز أن يصالحه على شىء مؤجل ، لأنه يكون بيع دين بدين ، وان صالحه عن الدراهم بدنانير أو عن الحنطة بشعير لم يجز التصرف قبل القبض لان هذا بيع فى الحقيقة فيشترط له القبض فى المجلس .

وقال القاضى : يحتمل أن لا تصح هذه المصالحة مطلقا لان هذا دين من شرطه التأجيل فلم تجز المصالحة عليه بغيره ، ولانه دين غير مستقر فهو كدين السلم .

وقال ابن أبى موسى : لا يجرى الربا بين المكاتب وسيده ، فعلى قوله تجوز المصالحة كيفما كانت كما يجوز ذلك بين العبد القن وسيده ، والأولى ما ذكرناه ، ويفارق دين الكتابة دين السلم ، فانه يفارق سائر الديون بما ذكرنا فى هذه المسألة فمفارقته لدين السلم أعظم والله أعلم .

« مسألة » قال (وإذا كان العبد بين اثنين فكاتبه أحدهما فلم يؤد كل كتابته حتى أعتق الآخر وهو موسر فقد صار العبد كله حراً ويرجع الشريك على المعتق بنصف قيمته)

قد ذكرنا فيما تقدم أن العبد المشترك يجوز لأحد الشريكين كتابة نصيبه منه بغير إذن شريكه ويبقى سائره غير مكاتب ، فاذا فعل هذا فأعتق الذى لم يكاتبه حصته منه وهو موسر عتق وسرى العتق الى باقيه فصار كله حراً ويضمن لشريكه قيمة حصته منه ويكون المرجوع بقيمته مكاتبا يبقى على ما بقى من كتابته ، لأن الرجوع عليه بقيمة ما أتلف ، وانما أتلف مكاتباً ، وان كان المعتق معسراً لم يسر العتق على ما مضى فى باب العتق .

وقال أبو بكر والقاضى : لا يسرى العتق فى الحال لكن ينظر ، فان أدى كتابته عتق باقيه بالكتابة وكان ولاؤه بينهما ، وان فسخت كتابته لعجزه سرى العتق وقوم عليه حينئذ ، لان سراية العتق فى الحال مفضية الى ابطال الولاء الذى انعقد سببه ، ونقله عن المكاتب الى غيره .

وقال ابن أبى ليلى : عتق الشريك موقوف حتى ينظر ما يصنع فى الكتابة ، فان أداها عتق وكان المكاتب ضامناً لقيمة نصيب شريكه وولاؤه كله للكاتب ، وان عجز سرى عتق الشريك وضمن نصف القيمة للمكاتب وكان ولاؤه كله له

وأما مذهب الشافعى فلا تجوز كتابة أحد الشريكين الا أن يأذن فيه شريكه فيكون فيه قولان فاذا كاتبه باذن شريكه ثم أعتق الذى لم يكاتب فهل يسرى فى الحال أو يقف على العجز ؟ فيه قولان .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له فى عبد وكان له ما يبلغ قيمة العبد قوم عليه قيمة عدل » وهذا داخل فى عمومه ، ولانه عتق لجزء من العبد من موسر غير محجور عليه فسرى الى باقيه ، كما لو كان قنا ، ولان مقتضى السراية متحقق والمانع منها لم يثبت كونه مانعاً ، فانه لا نص فيه ولا أصل له يقاس عليه فوجب أن يثبت .

وقولهم : انه يفضى الى ابطال الولاء ، قلنا : اذا كان العتق يؤثر فى ابطال

الملك الثابت المستقر الذى الولاء من بعض آثاره فلأن يؤثر فى نقل الولاء بمفرده أولى ، ولأنه لو أعتق عبداً له أولاد من معتقة قوم نقل ولاءهم اليه ، فإذا نقل ولاءهم الثابت بإعتاق غيرهم فلأن ينقل ولاء لم يثبت بعد بإعتاق من عليه الولاء أولى ، ولأنه نقل الولاء ثم عمن لم يغرم له عوضا فلأن ينقله بالعوض أولى ، فانتقال الولاء فى موضع جر الولاء ينبه على سراية العتق ، وانتقال الولاء الى المعتق لكونه أولى منه من ثلاثة أوجه .

أحدها : أن الولاء ثم ثابت وههنا بغرض الثبوت .

والثانى : أن النقل حصل ثم بإعتاق غيره وههنا باعتاقه .

والثالث : أنه انتقل ثم بغير عوض وههنا بعوض .

(فصـــل) وإن كان المعتق معسراً لم يسر عتقه وكان نصيبه حراً وباقيه على الكتابة ، فان أدى عتق عليهما وكان ولاؤه بينهما ، وان عجز عاد الجزء المكاتب رقيقاً قنا إلا على الرواية التى تقول يستسعى العبد فانه يستسعى عند عجزه فى قيمة باقيه ولا يستسعى فى حال الكتابة لأن الكتابة سعاية فيما اتفقا عليه فاستغنى بها عن السعاية فيما يحتاج الى التقويم ، فاذا عجز وفسخت الكتابة بطلت ورجع الى السعاية فى القيمة والله أعلم .

(فصـــل)

ونقل عن أحمد رضى الله عنه أنه سئل عن عبد بين شريكين فكاتباه على ألف درهم فأدى اليهما تسعمائة لهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ولهذا أربعمائة درهم وخمسين درهما ثم ان أحدهما أعتق نصيبه ؟ قال : إن كان للمعتق مال أدى إلى شريكه نصف قيمة العبد لا يحاسبه بها أحد لأنه عبد ما بقى عليه درهم ، ولأنه قد يجوز أن يعجزه فيعود الى الرق أو يموت فيكون عنده مال فهو بينهما ، ونقل عنه حنبل أنه يعتق إلا نصف المـــائة على هذا ويكون الولاء على قدر ما أعتق ، فالرواية الأولى توافق قول الخرقى فانه أوجب على المعتق غرامة نصف قيمة العبد ، وينبغى أن تجب نصف قيمته على الصفة التى عتق عليها وهو كونه مكاتبا قد أدى كتابته إلا مائة منها وهى عشرها .

وأما رواية حنبل . فيحتمل أن تكون على ما قال أبو بكر والقاضي : في أنه لا يسري العتق إلى الجزء المكاتب لغيره . وقد نصرنا الرواية الأولى بما ذكرناه والله أعلم .

« مسأله » قال (وإذا عجز المكاتب ورد في الرق وكان قد تصدق عليه بشيء فهو لسيده)

وجملته أن المكاتب إذا عجز وفي يده مال ورد في الرق فهو لسيده ، سواء كان من كسبه أو من صدقة تطوع أو وصية ، وما كان من صدقة مفروضة ففيه روايتان .

إحداهما : هو لسيده ، وهو قول أبي حنيفة ، وقال عطاء يجعله في السبيل أحب إلي وإن أمسكه فلا بأس .

الرواية الثانية . يؤخذ ما بقي في يده فيجعل في المكاتبين ، نقلها حنبل وهو قول شريح والنخعي والثوري ، واختار أبو بكر والقاضي: أنه يرد إلى أربابه وهو قول إسحاق لأنه إنما دفع إليه ليصرف في العتق ، فإذا لم يصرف فيه وجب رده كالغازي والغارم وابن السبيل .

ولنا أن ابن عمر رد مكاتبا في الرق فأمسك ما أخذه منه ، ولأنه يأخذ لحاجته فلم يرد ما أخذه كالفقير والمسكين ، وأما الغازي فإنه يأخذ لحاجتنا إليه بقدر ما يكفيه لغزوه ، وأما الغارم فإن غرم لإصلاح ذات البين فهو كالغازي يأخذ لحاجتنا ، وإن غرم لمصلحة نفسه فهو كمسألتنا لا يرده .

فصل

وأما ما أداه إلى سيده قبل عجزه فلا يجب رده بحال ، لأن المكاتب صرفه في الجهة التي أخذه لها وثبت ملك سيده عليه ملكا مستقراً فلم يزل ملكه عنه ، كما لو عتق المكاتب ، ويفارق ما في يد المكاتب لأن ملك سيده لم يثبت عليه قبل هذا ، والخلاف في ابتداء ثبوته ، وما تلف في يد المكاتب لم يرجع عليه به سواء عجز أو أدى ، لأن ماله تلف في يده فأشبه مالو تلف ما في يد سائر أصناف الصدقة ، وإن اشترى به عرضا وعجز والعوض في يده ففيه من الخلاف مثل مالو

وجد بعينه ، لأن العرض عوضه وقائم مقامه فأشبه مالو أعطى الغازى من الصدقة ما اشترى به فرسا وسلاحا ثم فضل ذلك عن حاجته .

(فصل) وموت المكاتب قبل الأداء كعجزه فيما ذكرنا ، لأن سيدة يأخذ ماقى يده قبل حصول مقصود الكتابة ، وإن أدى وبقى فى يده شيء فحكمه فى رده أو أخذه لنفسه حكم سيده فى ذلك عند عجزه ، لأن ما لم يؤده فى كتابته بقى بعد زوالها ، وإن كان قد استدان ما أداه فى الكتابة وبقى عنده من الصدقة بقدر ما يقضى به دينه لم يلزمه رده لأنه محتاج إليه بسبب الكتابة ، فأشبه ما يحتاج إليه فى أدائها .

« مسألة » قال (وإذا اشترى المكاتبان كل واحد منهما الاخر صح شراء الأول وبطل شراء الاخر)

لا خـــلاف فى أن المكاتب يصح شراؤه للعبيد والمكاتب يجوز بيعه على ما ذكرنا ، فإذا اشترى أحد المكاتبين الاخر صح شراؤه وملكه ، لأن التصرف صدر من أهله فى محله ، وسواء كانا مكاتبين لسيد واحد أو لسيدين ، فإذا عاد الثانى فاشترى الذى اشتراه لم يصح ، لأنه سيده ومالكه ، وليس للمملوك أن يملك مالكه لانه يفضى إلى تناقض الاحكام، إذ كل واحد منهما يقول لصاحبه أنا سيدك ولى عليك مال الكتابة تؤديه إلى ، فإن عجزت فلى فسخ كتابتك وردك إلى أن تكون رقيقا لى وهذا تناقض، واذا تنافى أن تملك المرأة زوجها ملك اليمين لثبوت ملكه عليها فى النكاح فههنا أولى ، ولانه لو صح هذا لتقاص الدينان اذا تساويا وعتقا جميعا .

فإذا ثبت هذا فشراء الاول صحيح والمبيع ههنا باق على كتابته ، ان أدى عتق وولاءه موقوف ، فإن أدى سيده كتابته كان له لانه عتق بأدائه اليه ، فإن عجز فولاؤه لسيده لان العبد لا يثبت له ولاء ولان السيد يأخذ ماله فكذلك حقوقه . هذا مقتضى قول القاضى ومقتضى قول أبى بكر أن الولاء لسيده، لان المكاتب عبد لا يثبت له الولاء فيثبت لسيده ، وكذلك فيما اذا أعتق باذن سيده أو كاتب عبده فأدى كتابته وهذا نظيره ، ويحتمل أن يفرق بينهما لكون العتق ثم باذن

السيد فيحصل الإنعام منه بإذنه فيه ، وههنا لا يفتقر الى اذنه فلا نعمة له عليه فلا يكون له عليه ولاء ما لم يعجزه سيده والله أعلم .

(فصل) وان لم يعلم السابق منهما فقال أبو بكر يبطل البيعان ويرد كل واحد منهما الى كتابته ، لان كل واحد منهما مشكوك في صحة بيعه فيرد الى اليقين؛ وذكر القاضي أنه يجري مجرى ما اذا زوج الوليان فأشكل الاول منهما فيقتضي هذا أن يفسخ البيعان كما يفسخ النكاحان ، وعلى قول أبي بكر لا حاجة الى الفسخ لان النكاح انما احتيج الى فسخه من أجل المرأة ، فإنها منكوحة نكاحا صحيحا لواحد منهما يقينا فلا يزول الا بفسخ ، وفي مسألتنا لم يثبت تعين البيع في واحد بعينه فلم يفتقر الى فسخ .

(فصل) واذا كاتب عبيداً له صفقة واحدة بعوض واحد ، مثل أن يكاتب ثلاثة أعبد له بالف صح في قول أكثر أهل العلم ، منهم عطاء وسليمان بن موسى وأبو حنيفة ومالك والحسن بن صالح واسحق ، وهو المنصوص عن الشافعي رضي الله عنه .

وقال بعض أصحابه : فيه قول آخر لا يصح ، لان العقد مع ثلاثة كعقود ثلاثة ، وعوض كل منهم مجهول فلم يصح ، كما لو باع كل واحد منهم لواحد صفقة واحدة بعوض واحد .

ولنا أن جملة العوض معلومة وانما جهل تفصيلها فلم تمنع صحة العقد كما لو باعهم لواحد ، وعلى قول من قال ان العوض يكون بينهم على السواء فقد علم أيضا تفصيل العوض، وعلى كل واحد منهم ثلث، وكذا يقول فيما لو باعهم الثلاثة

اذا ثبت هذا فان كل واحد منهم مكاتب بحصته من الالف ويقسم بينهم على قدر قيمتهم حين العقد لانه حين المعاوضة وزوال سلطان السيد عنهم فاذا أداه عتق ، هذا قول عطاء وسليمان بن موسى والحسن بن صالح والشافعي واسحق وقال أبو بكر عبد العزيز : يتوجه لابي عبد الله قول آخر أن العوض بينهم على عدد رؤسهم فيتساوون فيه لانه أضيف اليهم اضافة واحدة فكان بينهم بالسوية كما لو أقر لهم بشيء .

ولنا أن هذا عوض فتقسط على المعوض كما لو اشترى شقصا وسيفا وكما لو اشترى عبيداً فرد واحداً منهم بعيب أو أتلف أحدهم ورد الآخر ، ويخالف الاقرار فإنه ليس بعوض .

إذا ثبت هذا فأيهم أدى حصته عتق ، وهذا قول الشافعي .

وقال ابن أبي موسى : لا يعتق واحد منهم حتى يؤدي جميع الكتابة ، وحكى ذلك عن أبي بكر ، وهو قول مالك ، وحكى عنه أنه إذا امتنع أحدهم عن الكسب مع القدرة عليه أجبر عليه الباقون ، واحتجوا بأن الكتابة واحدة ، بدليل أنه لا يصح من كل واحد منهم الكتابة بقدر حصته دون الباقين ولا يحصل العتق إلا بأداء جميع الكتابه ، كما لو كان المكاتب واحداً .

وقال أبو حنيفة . إن لم يقل لهم السيد إن أديتم عتقتم فأيهم أدى حصته عتق وإن أدى جميعها عتقوا كلهم ولم يرجع على صاحبيه بشيء ، وإن قال لهم إن أديتم عتقتم لم يعتق واحد منهم حتى تؤدى الكتابة كلها ويكون بعضهم حميلا عن بعض ويأخذ أيهم شاء بالمال ، وأيهم أداها عتقوا كلهم ورجع على صاحبيه بحصتهما .

ولنا أنه عقد معاوضة مع ثلاثة فاعتبر كل واحد منهم بأداء حصته ، كما لو اشتروا عبداً وكما لو لم يقل لهم إن أديتم عتقتم على قول أبي حنيفة فان قوله ذلك لا يؤثر لأن استحقاق العتق بأداء العوض لا بهذا القول، بدليل أنه يعتق بالأداء بدون هذا القول ، ولم يثبت كون هذا القول مانعاً من العتق ولا نسلم أن هذا العقد كتابة واحدة ، فإن العقد مع جماعة عقود ، بدليل البيع ، ولا يصح القياس على كتابة الواحد لأن ماقدره في مقابلة عتقه ، وههنا في مقابلة عتقه مايخصه فافترقا .

اذا ثبت هذا فإنه ان شرط عليهم في العقد أن كل واحد منهم ضامن عن الباقين فالشرط فاسد والعقد صحيح ، وقال أبي الخطاب في الشرط رواية أخرى أنه صحيح ، وأخرجه ابن حامد وجها بناء على الروايتين في ضمان الحر لمال الكتابة وقال الشافعي رضي الله عنه العقد والشرط فاسدان ، لان الشرط فاسد ولا يمكن تصحيح العقد بدونه ، لأن السيد انما رضي بالعقد بهذا الشرط فإذا لم يثبت لم يكن راضياً بالعقد ، وقال مالك وأبو حنيفة العقد والشرط صحيحان لانه مقتضى العقد عندهما .

ولنا أن مال الكتابة ليس بلازم ولا مآله الى اللزوم فلم يصح ضمانه ، كما لو جعل المال صفة مجردة فى العتق فقال ان أديت الى ألفاً فأنت حر . ولأن الضامن لا يلزمه أكثر مما يلزم المضمون عنه ، ومال الكتابة لا يلزم المكاتب ، فلا يلزم الضامن ، ولأن الضمان تبرع وليس للمكاتب التبرع ، ولأنه لا يملك الضمان عن حر ولا عمن ليس معه فى الكتابة ، فكذلك من معه ، وأما العقد فصحيح لأن الكتابة لا تفسد بفساد الشرط بدليل خبر بريرة ، وسنذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى .

(فصل) اذا مات بعض المكاتبين سقط قدر حصته ، نص عليه أحمد رضى الله عنه فى رواية حنبل ، وكذلك ان أعتق بعضهم ، وعن مالك ان اعتق السيد أحدهم وكان مكتسبا لم ينفذ عتقه لانه يضر بالباقين، وان لم يكن مكتسبا نفذ عتقه لعدم الضرر فيه ، وهذا مبنى على أنه لا يعتق واحد منهم حتى يؤدى جميع مال الكتابة ، وقد مضى الكلام فيه .

فصل

فان أدى أحد المكاتبين عن صاحبه أو عن مكاتب آخر قبل أداء ما عليه بغير علم سيده لم يصح ، لان هذا تبرع وليس له التبرع بغير اذن سيده وان كان قد حل عليه نجم صرف ذلك فيه ، وان لم يكن حل عليه نجم فله الرجوع فيه ، وان علم السيد بذلك ورضى بقبضه عن الاخر صح ، لان قبضه له راضيا به مع العلم دليل على الاذن فيه فجاز كما لو أذن فيه تصريحا ، وان كان الاداء بعد أن عتق صح سواء علم السيد أو لم يعلم ، فاذا أراد الرجوع على صاحبه بما أدى عنه نظرنا فان كان قد قصد التبرع عليه لم يرجع به ، وان أداه محتسبا بالرجوع عليه وكان الاداء باذن المؤدى عنه فهو قرض يلزمه أداؤه كما لو اقترضه منه ، وان كان بغير اذنه لم يرجع عليه لانه تبرع عليه بأداء مالا يلزمه ، كما لو تصدق عنه صدقة تطوع وبهذا فارق سائر الديون ، وان كان باذنه وطلب استيفاءه قدم على أداء مال الكتابة كسائر الديون ، واذا عجز عن أدائه فحكمه حكم سائر الديون، وهذا كله مذهب الشافعى .

(فصل) ولا يصح ضمان الحر لمال الكتابة ، وذكر القاضي فيه روايتين .

أحدهما : يصح ضمانه لأنه عوض فى معاوضة فصح ضمانه كثمن المبيع

ولنا ما ذكرناه من قبل ولا يصح قياسه على الثمن لانه لازم وهذا غير لازم

(فصـــل) وإذا أدوا ما عليهم أو بعضه ثم اختلفوا فقال من كثرت قيمته أدى كل واحد منا بقدر ما عليه فلا فضل لاحدنا على صاحبه وقال من قلت قيمته أدينا على السواء فلى الفضل عليك ، أو يكون وديعة لى عند سيدنا فالقول قول الاول لان الظاهر أن من عليه دين لا يؤدى أكثر منه فرجحت دعواه بذلك فإن كان المؤدى أكثر مما عليهم واختلفوا فى الزيادة فالقول قول من يدعى التســاوى لانهم اشتركوا فى أدائه فكانت أيديهم عليهم فاستووا فيه كما لو كان فى أيديهم مال فاختلفوا فيه

(فصل) وإن جنى بعضهم فجنايته عليه دون صاحبه وبهذا قال الشافعى رضى الله عنه . وقال مالك رضى الله عنه يؤدون كلهم أرشه فإن عجزوا رقوا

ولنا قول الله تعالى (ولا تزر وازرة وزر أخرى) وقول النبى صلى الله عليه وسلم « لا يجنى جان إلا على نفسه » ولانه لو اشترك رجلان وتعاقدا لم يحمل أحدهما جناية صاحبه فكذا ههنا ، لان مالا يصح لا يتضمنه عقد الكتابة ولا يجب على أحدهما بفعل الآخر كالقصاص ، وقد بينا أن كل واحد منهما مكاتب بحصته فهو كالمنفرد بعقده .

« مسألة » قال (واذا شرط فى كتابته أن يوالى من شاء فالولاء لمن أعتق والشرط باطل)

أما الشرط فباطل لا نعلم فى بطلانه خلافا ، وذلك لما روت عائشة رضى الله عنها قالت : كانت فى بريرة ثلاث قضيات : أراد أهلها أن يبيعوها ويشترطوا الولاء ، فذكرت ذلك للنبى صلى الله عليه وســـلم فقال « اشتريها واعتقيها فإنما الولاء لمن أعتق » متفق عليه ، وفى الحديث الآخر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « اشتريها واشترطى لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق » فقام رسول الله (ص) فى الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال « أما بعد فما بال ناس يشترطون شروطا

ليست فى كتاب الله ؟ من اشترط شرطا ليس فى كتاب فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق» متفق عليه ، ولأن الولاء لا يصح نقله ، بدليل أن النبى (ص) نهى عن بيع الولاء وهبته وقال «إنما الولاء لمن أعتق» ولأنه لحمة كلحمة النسب فلم يصح اشتراطه لغير صاحبه كالقرابة ولأنه حكم العتق فلم يصح اشتراطه لغير المعتق ، كما لا يصح اشتراط حكم النكاح لغير الناكح ولا حكم البيع لغير العاقل ، وسواء شرط أن يوالى من شاء أو شرطه لبائعه أو لرجل آخر بعينه ، ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط ، نص عليه أحمد رضى الله عنه .

وقال الشافعى رضى الله عنه : يفسد به كما لو شرط عوضا مجهولا ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الشروط الفاسدة فى البيع

ولنا حديث بريرة فإن أهلها شرطوا لهم الولاء ، فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بشرائها مع هذا الشرط وقال «وإنما الولاء لمن أعتق» ويفارق جهالة العوض فإنه ركن العقد لا يمكن تصحيح العقد بدونه وربما أفضت جهالته إلى التنازع والاختلاف وهذا الشرط زائد فإذا حذفناه بقى العقد صحيحا بحاله .

فإن قيل المراد بقول النبى (ص) «اشترطى لهم الولاء» أى عليهم ، لأن النبى (ص) لا يأمر بالشرط الفاسد واللام تستعمل بمعنى على ، كقول الله تعالى (وان أسأتم فلها) أى فعليها . قلنا هذا لا يصح لوجوه ثلاثة

أحدها : أنه يخالف وضع اللفظ والاستعمال

والثانى : أن أهل بريرة أبوا هذا الشرط فكيف يأمرها النبى صلى الله عليه وسلم بشرط لا يقبلونه ؟

والثالث ان ثبوت الولاء لها لا يحتاج الى شرط لأنه مقتضى العتق وحكمه

والرابع أن فى بعض الألفاظ «لا يمنعك هذا الشرط منها ابتاعى واعتقى» وإنما أمرها النبى (ص) بالشرط تعريفا لنا أن وجود هذا الشرط كعدمه وأنه لا ينقل الولاء عن المعتق .

(فصل) وإن اشترط السيد على المكاتب أن يرثه دون ورثته أو يزاحمهم فى مواريثهم فهو شرط فاسد فى قول عامة العلماء ، منهم الحسن وعطاء وشريح وعمر

ابن عبد العزيز والنخعى وإسحاق ، وأجاز إياس بن معاوية أن يشترط شيئا من ميراثه ، ولا يصح لأنه يخالف كتاب الله عز وجل ، وكل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل بقول النبي صلى الله عليه وسلم .

قال سعيد : حدثنا هشيم حدثنا منصور عن ابن سيرين أن رجلا كاتب مملوكه واشترط ميراثه ، فلما مات المكاتب تخاصم ورثته الى شريح فقضى شريح بميراث المكاتب لورثته ، فقال الرجل ما يغنى عنى شرطى منذ عشرين سنة ، فقال شريح كتاب الله أنزله على نبيه قبل شرطك بخمسين سنة ، ولا تفسد الكتابة بهذا الشرط كالذى قبله .

(فصل) وان شرط عليه خدمة معلومة بعد العتق جاز ، وبه قال عطاء وابن شبرمة . وقال مالك والزهرى : لا يصح لأنه ينافى مقتضى العقد ، أشبه ما لو شرط ميراثه .

ولنا أنه روى عن عمر رضى الله عنه أنه أعتق كل من يصلى من سبى العرب وشرط عليهم : إنكم تخدمون الخليفة من بعدى ثلاث سنوات ، ولأنه اشترط خدمة فى عقد الكتابة أشبه ما لو شرطها قبل العتق ، ولانه شرط نفعامعلوما أشبه ما لو شرط عوضا معلوماً ، ولا نسلم أنه ينافى مقتضى العقد فإن مقتضاه العتق عند الاداء وهذا لا ينافيه .

(فصل) وإذا كاتبه على ألفين فى رأس كل شهر ألف وشرط أن يعتق عند أداء الاول صح فى قياس المذهب ويعتق عند أدائه ، لأن السيد لو أعتقه بغير أداء شيء صح ، فكذلك اذا أعتقه عند أداء البعض ويبقى الآخر دينا عليه بعد عتقه كما لو باعه نفسه به .

« مسأله » قال (واذا أسر العدو المكاتب فاشتراه رجل فأخرجه الى سيده فاحب أخذه أخذه بمااشتراه فهو على كتابته وان لم يحب أخذه فهو على ملك مشتريه مبقى على ما بقى من كتابته يعتق بالاداء وولاؤه لمن يؤدى اليه)

وجملته أن الكفار اذا أسروا مكاتبا ثم استنقذه المسلمون فالكتابة بحالها فإن أخذ فى الغنائم فعلم بحاله أو أدركه سيده قبل قسمه أخذه بغير شيء وكان على

كتابته كمن لم يؤسر ، وإن لم يدركه حتى قسم وصار فى سهم بعض الغانمين أو اشتراه رجل من الغنيمة قبل قسمه أو من المشركين وأخرجه إلى سيده فإن سيده أحق به بالثمن الذى ابتاعه به وفيما إذا كان غنيمة رواية أخرى أنه إذا قسم فلا حق لسيده فيه بحال فيخرج فى المشترى مثل ذلك ، وعلى كل تقدير فإن سيده إن أخذه فهو مبقى على مابقى من كتابته وإن تركه فهو فى يد مشتريه مبقى على مابقى من كتابته فيعتق بالأداء فى الموضعين وولاؤه لمن يؤدى اليه، كما لو اشتراه من سيده

وقال أبو حنيفة والشافعى رضى الله عنهما : لا يثبت عليه ملك الكفار ويرد الى سيده بكل حال، ووافق أبو حنيفة الشافعى فى المكاتب والمدبر خاصة لأنهما عنده لا يجوز بيعهما ولا نقل الملك فيهما فأشبها أم الولد ، وقد تقدم الكلام فى الدلالة على أن ما أدركه صاحبه مقسوما لا يستحق صاحبه أخـــذه بغير شىء ، وكذلك ما اشتراه مسلم من دار الحرب وفى أن المكاتب والمدبر يجوز بيعهما بما يغنى عن اعادته ههنا .

(فصل) وهل يحتسب عليه بالمدة التى كان فيها مع الكفار ؟ على وجهين .

أحـــدهما : لا يحتسب عليه بها لان الكتابة اقتضت تمكينه من التصرف والكسب فى هذه المدة ، فاذا لم يحصل له ذلك لم يحتسب عليه ، كما لو حبسه سيده، فعلى هذا يبنى على مامضى من المدة قبل الاسر وتبقى مدة الاسر كأنها لم توجد .

والثانى : يحتسب عليه بها لانها من مدة الكتابة مضت بغير تفريط من سيده فاحتسب عليه بها كما لو مرض ، ولانه مدين مضت مدة من أجل دينه فى حبسه فاحتسب عليه بها كسائر الغرماء ؛ وفارق ما اذا حبسه سيده بما سنذكره ان شاء الله تعالى ، فعلى هذا اذا حل عليه نجم عند استنقاذه جازت مطالبته ، وان حل ما يجوز تعجيزه بترك أدائه فلسيده تعجيزه ورده الى الرق ، وهل له ذلك بنفسه أو حكم الحاكم؟ فيه وجهان .

أحدهما : له ذلك لانه تعذر عليه الوصول الى المال فى وقته ، فأشبه مالو كان حاضراً . يحققه أنه لو كان حاضراً والمال غائبا يتعذر احضاره وأداؤه فى مدة قريبة لكان لسيده الفسخ ؛ فالمال ههنا اما معدوم واما غائب يتعذر أداؤه ، وفى كلتا الحالتين يجوز الفسخ .

الثاني ليس له ذلك الا بحكم الحاكم لانه مع الغيبة يحتاج الى أن يبحث أله مال أم لا ؟ وليس كذلك اذا كان حاضراً فانه يطالبه فان أدى والا فقد عجز نفسه ، فان فسخ الكتابة بنفسه أو بحكم الحاكم ثم خاص المكاتب فادعى أن له مالا فى وقت الفسخ يفى بها عليه وأقام بذلك بينة بطل الفسخ ، ويحتمل أن لا يبطل حتى يثبت أنه كان يمكنه أداؤه لانه إذا كان متعذر الاداء كان وجوده كعدمه

(فصل) وان حبسه سيده مدة فقد أساء ولا يحتسب عليه بمدته فى أحد الوجوه .

والثانى : يحتسب عليه بمدته لان مال الكتابة دين مؤجل فيحتسب بمدة الحبس من الاجل كسائر الديون المؤجلة ، فعلى هذا الوجه يلزمه أجر مثله فى المدة التى حبسه فيها ، والأول أصح لان على سيده تمكينه من التصرف مدة كتابته فاذا حبسه مدة وجب عليه تأخيره مثل تلك المدة ليستوفى الواجب له ، ولان حبسه يفضى الى ابطال الكتابة وتفويت مقصودها ورده الى الرق ، ولان عجزه عن أداء نجومه فى محلها بسبب من سيده فلم يستحق به فسخ العقد ، كما لو منع البائع المشترى من أداء الثمن لم يستحق فسخ البيع ، ولو منعت المرأة زوجها من الانفاق عليها لم يستحق فسخ العقد كذا ههنا .

الوجه الثالث : أنه يلزم سيده أرفق الامرين به من تخليته مثل تلك المدة أو أجر مثلها لانه قد وجد سببهما فكان للمكاتب أنفعهما .

(فصل) واذا أوصى بأن يكاتب عبده صحت الوصية ، لان الكتابة يتعلق بها حق الله تعالى وحق الآدمى فاذا أوصى به صح وتعتبر قيمته من ثلثه لانه تبرع من جهته فانه بيع ماله بماله : فان خرج من الثلث لزمهم كتابته ولا يعتبر مال الكتابة من ماله ، ذكره القاضى لانه نماء ماله وفائدته ، ولان الاعتبار بحالة الموت وهو لا يملك مال الكتابة .

ثم ينظر فان عين مال الكتابة كاتبوه عليه ، سواء كان أقل من قيمته أو مثلها أو أكثر ، فان لم يعينه كاتبوه على ما جرى العرف بكتابة مثله به ، والعرف أن يكاتب العبد بأكثر من قيمته لكون دينها مؤجلا ويجب رد ربعه اليه ، ويعتبر فى ذلك رضى العبد لان الكتابة لا تلزمه ولا يجوز اجباره عليها ، بخلاف

ما لو وصى بعتقه فانه يعتق ولا يقف على اختياره ولا رضاه ، فان رد الوصية بطلت ، فان عاد فطلبها لم تلزمه اجابته اليها لان وصيته بطلت بالرد فأشبه الوصية بالمال، وان لم يكن ردها وجبت اجابته اليها ، واذا أدى عتق وكان ولاؤه للموصى بكتابته ، كما لو وصى بعتقه فان عجز فللوارث رده فى الرق ، وان لم يخرج من الثلث فانه يكاتب منه ما خرج من الثلث ، وان كان قد وصى بوصايا غير الكتابة لا تخرج من الثلث تحاصوا فى الثلث وأدخل النقص على كل واحد منهم بقدر ماله فى الوصية ، ويتخرج أن تقدم الكتابة بناء على الرواية التى تقدم العتق ، لان الكتابة مقصودها العتق وتفضى اليه ويحتمل أن لا تقدم بحال لان العتق تغليب وسراية ليس هو للكتابة وافضاؤها الى العتق لا يوجب تقديمها ، كما لو وصى لرجل بابنه فانه لا يقدم ، مع أن القصد بوصيته العتق ويفضى اليه .

(فصل)

فان قال كاتبوا أحد رقيقى فللورثة مكاتبة من شاءوا منهم فى أحد الوجهين وفى الاخر يكاتبون واحداً منهم بالقرعة ، وان قال أحد عبيدى فكذلك الا أنه ليس لهم مكاتبة أمة ولا خنثى مشكل ، لانه لا يعلم كون الخنثى عبداً أو أمة؛ وان قال أحد امائى فليس لهم مكاتبة عبد ولا خنثى مشكل كذلك، وان كان الخنثى غير مشكل وكان رجلا فلهم مكاتبته اذا قال كاتبوا أحد عبيدى ، وان كان أنثى فلهم مكاتبته اذا قال كاتبوا أحد امائى ، لان هذا عيب فيه والعيب لا يمنع الكتابه والله أعلم .

(فصل) والكتابة الفاسدة أن يكاتبه على عوض مجهول أو عوض حال أو محرم كالخمر والخنزير ، فأما ان شرط فى الكتابة شرطا فاسداً فالمنصوص أنه لا يفسدها ، لكن يلغو الشرط وتبقى الكتابة صحيحه ، ويتخرج أن يفسدها بناء على الشروط الفاسدة فى البيع ، وهذا مذهب الشافعى .

وقد روى عن أبى عبدالله رحمه الله ما يدل على أن الكتابة على العوض المحرم باطله لا يعتق بالاداء فيها وهو اختيار أبى بكر ، فانه قد روى عن أحمد رضى الله عنه أنه قال : اذا كاتبه كتابة فاسدة فأدى ما كوتب عليه عتق مالم تكن الكتابة محرمة فحكم بالعتق بالاداء الا فى المحرمة .

واختار القاضي أنه يعتق بالأداء كسائر الكتابات الفاسدة ، ويمكن حمل كلام القاضي على ما إذا جعل السيد الاداء شرطاً للعتق فقال إذا أديت إلى فأنت حر فأدى اليه فانه يعتق بالصفة المجردة لا بالكتابة ، ويثبت فى هـــذه الكتابة حكم الصفة فى العتق بوجودها لا بحكم الكتابة ، وأما غيرها من الكتابة الفاسدة فانها تساوى الصحيحة فى أربعة أحكام .

أحدها : أنه يعتق بأداء ما كوتب عليه سواء صرح بالصفة ، فقال ان أديت إلى فأنت حر أو لم يقل ؛ لان معنى الكتابة يقتضى هذا فيصير كالمصرح به فيعتق بوجوده كالكتابة الصحيحة .

الثانى : أنه إذا عتق بالاداء لم تلزمه قيمة نفسه ولم يرجع على سيده بما أعطاه ذكره أبو بكر وهو ظاهر كلام أحمد رضى الله عنه ، وقال الشافعى رضى الله عنه : يتراجعان فيجب على العبد قيمته وعلى السيد ما أخذه فيتقاصان بقدر أقلهما ان كانا من جنس واحد ويأخذ ذو الفضل فضله ، لانه عقد معاوضة فاسدة فوجب التراجع فيه كالبيع الفاسد .

ولنا أنه عقد كتابة لمعاوضة حصل العتق فيها بالاداء فلم يجب التراجع فيها كما لو كان العقد صحيحا ، ولان ما أخذه السيد فهو من كسب عبـــده الذى لم يملك كسبه فلم يجب عليه رده والعبد عتق بالصفة فلم تجب عليه قيمته ، كما لو قال ان دخلت الدار فأنت حر .

وأما البيع الفاسد فانه ان كان بين هذا وبين سيده فلا رجوع على السيد بما أخذه ، وان كان بينه وبين غيره فانه أخذ مالا يستحقه ودفع الى الآخر مالا يستحقه بعقد المقصود منه المعاوضة وفى مسـألتنا بخلافه ، الثـالث : أن المكاتب يملك التصرف فى كسبه لان عقد الكتابة تضمن الاذن فى ذلك وله أخذ الصدقات والزكوات ، لانه مكاتب يعتق بالاداء فملك ذلك كما فى الكتابة الصحيحة .

الرابع : أنه اذا كاتب جماعة كتابة فاسدة فأدى أحدهم حصته عتق على قول من قال أنه يعتق فى الكتابة الصحيحة بأداء حصته ، لان معنى العقد أن كل واحد منهم مكاتب بقدر حصته متى أدى الى كل واحد منهم قدر حصته فهو حر ، ومن قال لا يعتق فى الصحيحة الا أن يؤدى الجميع فههنا أولى ، وتفارق الصحيحة فى

ثلاثة أحكام . أحدها : أن لكل واحدمن السيد والمكاتب فسخها ورفعها سواء كان ثم صفة أو لم تكن ، وهذا قول أصحاب الشافعي رضي الله عنه ، لان الفاسد لا يلزم حكمه والصفه ههنا مبنية على المعاوضة وتابعه لها ، لان المعاوضة هي المقصودة فلما أبطل المعاوضة التي هي الاصل بطلت الصفة المبنية عليها بخلاف الصفة المجردة ، ولان السيد لم يرض بهذه الصفة الا بأن يسلم له العوض المسمى، فاذا لم يسلم كان له ابطالها بخلاف الكتابة الصحيحة ، فان العوض سلم له فكان العقد لازما له .

الثاني : أن السيد اذا أبرأه من المال لم تصح البراءة ولا يعتق بذلك ، لأن المال غير ثابت في العقد بخلاف الكتابة الصحيحة ، وجرى هذا مجرى الصفة المجردة في قوله اذا أديت الى ألفا فأنت حر .

الثالث : أنه لا يلزم السيد أن يؤدى اليه شيئا من الكتابة لان العتق ههنا بالصفة المجردة ، فأشبه ما لو قال اذا أديت الى ألفا فأنت حر ، واختلف في أحكام أربعة . أحدها : في بطلان الكتابة بموت السيد ، فذهب القاضي وأصحابه الى بطلانها وهو قول الشافعي رضي الله عنه ، لانه عقد جائز من الطرفين لا يؤول الى اللزوم فيبطل بالموت كالوكالة ، ولان المغلب فيها حكم الصفة المجردة والصفة تبطل بالموت فكذلك هذه الكتابة .

وقال أبو بكر . لا تبطل بالموت ويعتق بالاداء الى الوارث وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه ، لانه مكاتب يعتق بالاداء الى السيد فيعتق بالاداء الى الوارث كما في الكتابة الصحيحة ، ولان الفاسدة كالصحيحة في باب العتق بالاداء وفي أن الولد يتبعه فكذلك في هذا .

والثاني : في بطلانها بجنون السيد والحجر عليه لسفه ، والخلاف فيه كالخلاف في بطلانها بموته، والاولى انها لا تبطل ههنا لان الصفة المجردة لا تبطل بذلك والمغلب في هذه الكتابة حكم الصفة المجردة فلا تبطل به فعلى هذا لو ادى الى سيده بعد ذلك عتق ، وعلى قول من ابطلها لا يعتق .

الثالث : ان ما في يد المكاتب وما يكسبه وما يفضل في يده بعد الاداء له دون سيده في قول القاضي ومذهب الشافعي رضي الله عنه لانها كتابة يعتق بالاداء

فيها فكان هذا الحكم ثابتا فيها كالصحيحة ، وقال أبو الخطاب : ذلك لسيده فى الموضعين لأن كسب العبد لسيده بحكم الأصل ، والعقد ههنا فاسد لم يثبت الحكم فى وجوب العوض فى ذمته فلم ينقل الملك فى المعوض كسائر العقود الفاسدة ، ولأن المغلب فيها حكم الصفة المجردة وهى لا تثبت الملك له فى كسبه فكذا ههنا ، وفارقت الكتابة الصحيحة فإنها تثبت الملك فى العوض فأثبتته فى المعوض، الرابع هل يتبع المكاتبة ولدها ؟ قال أبو الخطاب فيه وجهان .

أحدهما : يتبعها لأنها كتابة يعتق فيها بالأداء فيعتق به ولدها كالكتابة الصحيحة والثانى لا يتبعها وهو أقيس وأصح لما ذكرنا فى الذى قبله ولأن الأصل بقاء الرق فيه فلا يزول إلا بنص أو معنى نص ، وما وجد واحد منهما ولا يصح القياس على الكتابة الصحيحة لما ذكرنا من الفرق بينهما فيما تقدم فيبقى على الأصل والله أعلم

كتاب عتق أمهات الأولاد

أم الولد هى التى ولدت من سيدها فى ملكه ، ولا خلاف فى إباحة التسرى ووطء الإماء لقول الله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين) وقد كانت مارية القبطية أم ولد النبى صلى الله عليه وسلم وهى أم إبراهيم ابن النبى صلى الله عليه وسلم ، التى قال فيها : أعتقها ولدها ، وكانت هاجر أم إسماعيل عليه السلام سرية إبراهيم خليل الرحمن عليه السلام ، وكان لعمر بن الخطاب رضى الله عنه أمهات أولاد أوصى لكل واحدة منهن بأربعمائة ، وكان لعلى رضى الله عنه أمهات أولاد ولكثير من الصحابة وكان على بن الحسين والقاسم بن محمد وسالم بن عبدالله من أمهات أولاد ، وروى أن الناس لم يكونوا يرغبون فى أمهات الأولاد حتى ولد هؤلاء الثلاثة من أمهات الأولاد فرغب الناس فيهن .

وروى عن سالم بن عبد الله قال : كان لابن رواحة جارية وكان يريد الخلوة بها وكانت امرأته ترصده فخلا البيت فوقع عليها فندرت به امرأته وقالت أفعلها؟ قال ما فعلت ، قالت فاقرأ إذاً فقال :

شهدت بأن وعد الله حق وأن النار مثوى الكافرينا

وأن العرش فوق الماء طاف ... وفوق العرش رب العالمينا
وتحمله ملائكة شداد ... ملائكة الإله مسومينا

قالت أما إذ قرأت فاذهب إذاً ؛ فأتى النبي (ص) فأخبره ، قال فلقد رأيته يضحك حتى تبدو نواجذه ويقول « هيه كيف قلت ؟ » فأكرره عليه فيضحك .

(فصــل)

فاذا وطىء الرجل أمته فأتت بولد بعد وطئه بستة أشهر فصاعداً لحقه نسبه وصارت له بذلك أم ولد ، وان أتت بولد تام لأقل من ستة أشهر لم يلحقه نسبه لأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، بدليل ماروى الحسن أن امرأة ولدت لستة أشهر فأتى بها الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فهم برجمها فقال له على رضى الله عنه ليس لك ذلك ان الله يقول (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) فقد يكون فى البطن ستة أشهر ، والرضاع أربعةوعشرون شهراً ، فذلك تمام ماقال الله تعالى (ثلاثون شهراً) فخلا عنها عمر ، وروى عن ابن عباس أنه قال ذلك لعثمان .

ومن اعترف بوطء أمته فأتت بولد يمكن أن يكون منه لحقه نسبه ولم يكن له نفيه لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال « حصنوا هذه الولائد فلا يطأ رجل وليدته ثم ينكر ولدها إلا ألزمته إياه » رواه سعيد .

وعن ابن عمر قال : قال عمر « أيما رجل غشى أمته ثم ضيعها فالضيعة عليه والولد ولده » رواه سعيد أيضا ، ولأن أمته صارت فراشا بالوطء فلحقه ولدها كالمرأة ، ولقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » فان نفاه سيدها لم ينتف عنه الا أن يدعى أنه استبرأها وأتت بالولد بعد استبرائها بستة أشهر فينتفى عنه بذلك وهل يحلف على ذلك ؟ على وجهين ، وقد روى عن الحسن قال إذا أنكر الرجل ولده من أمته فله ذلك ، وعن الشعبي أنه كان يقول ينتفى من ولده إذا كان من أمته متى شاء .

ولنا قول عمر وإنه ولد على فراشه فلم يكن له نفيه كولده من زوجته ، فان أقر به لم يكن له نفيه بعد ذلك لا نعلم فيه خلافا ، قال إبراهيم : اذا أقر بولده فليس له أن ينتفى منه ، فان انتفى منه ضرب الحد وألحق به الولد ، قال شريح : الرجل أقر بولده لا سبيل الك أن تنتفى منه ، وكذلك ان هنىء به فسكت أو أمن على الدعاء

لأنه دليل على الرضا به فقام مقام الإقرار به ، وان كان يطأ جاريته وادعى أنه كان يعزل عنها لم ينتف الولد بذلك لما روى أبو سعيد أنه قال : يا رسول الله إنا نصيب النساء ونحب الأثمان أفنعزل عنهن ؟ فقال « ان الله إذا قضى خلق نسمة خلقها » وعن جابر قال : جاء رجل من الأنصار الى رسول الله (ص) فقال « ان لى جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل ، فقال : اعزل عنها إن شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها ، قال فلبث الرجل ثم أتاه ، فقال ان الجارية قد حملت ، فقال : قد أخبرتك أنه سيأتيها ما قدر لها » رواه أبو داود .

وعن أبى سعيد أنه قال : كنت أعزل عن جاريتى فولدت أحب الخلق الى ، يعنى ابنه ، وعن ابن عمر ان عمر قال . مابال رجال يطئون ولائدهم ثم يعزلونهن لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه أتاها إلا ألحقت به ولدها فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا ، ولأنها بالوطء صارت فراشا ، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » ولما تنازع عبد بن زمعة وسعد فى ابن وليدة زمعة فقال عبد هو أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر » متفق عليه ، ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فيخلق منه الولد .

وقد روى عن ابن عمر وزيد بن ثابت ما يدل على أن الولد لا يلحق به مع العزل ، فروى سعيد حدثنا سفيان عن ابن أبى نجيح عن فتى من أهل المدينة أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يعزل عن جارية له فجاءت بحمل فشق عليه وقال : اللهم لا تلحق بآل عمر من ليس منهم ، فإن آل عمر ليس بهم خفاء فولدت ولداً أسود ، فقال ممن هو ؟ فقالت من راعى الإبل ، فحمد الله وأثنى عليه

وقال حدثنا سفيان عن حماد عن أبى الزناد عن خارجة بن زيد أن زيد بن ثابت كانت له جارية فارسية وكان يعزل عنها فجاءت بولد فأعتق الولد وجلدها الحد ، وقال إنما كنت استطبت نفسك ولا أريدك ، وفى رواية قال ممن حملت ؟ قالت منك فقال كذبت وما وصل إليك منى ما يكون منه الحمل وما أطؤك الا انى استطبت نفسك وقال الثورى وأبو حنيفة لا تصير فراشاً ولا يلحقه ولدها إلا أن يقر بولدها فيلحقه أولادها بعد ذلك ، ولنا ماذكرناه وقول عمر الموافق للسنة أولى من قوله فيما خالفها

(فصل) وان اعترف بوطء أمته فى الدبر أو دون الفرج فقد روى عن أحمد رضى الله عنه أنه يلحقه ولدها وتصير فراشا بهذا ، وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعى رضى الله عنه ، ولأنه قد يجامع فيسبق الماء الى الفرج ، والصحيح فى هذا ان شاء الله تعالى أنها لا تصير بهذا فراشا لأنه ليس بمنصوص عليه ولا هو فى معنى المنصوص ، ولا يثبت الحكم الا بدليل ولا ينتقل عن الأصل إلا بناقل عنه إذا ثبت هذا فكل موضع لحقه الولد من أمته إذا حملت به فى ملكه فالولد حر الأصل لا ولاء عليه وتصير به الأمة ام ولد .

« مسألة » قال (واحكام امهات الاولاد احكام الإماء فى جميع امورهن الا انهن لا يبعن)

وجملة ذلك ان الامة اذا حملت من سيدها وولدت منه ثبت لها حكم الاستيلاد وحكمها حكم الاماء فى حل وطئها لسيدها واستخدامها وملك كسبها وتزويجها واجارتها وعتقها وتكليفها وحدها وعورتها ، وهذا قول اكثر اهل العلم ، وحكى عن مالك انه لا يملك اجارتها وتزويجها لأنه لا يملك بيعها فلا يملك تزويجها واجارتها كالحرة .

ولنا انها مملوكة ينتفع بها فيملك سيدها تزويجها واجارتها كالمدبرة ولأنها مملوكة تعتق بموت سيدها فأشبهت المدبرة ، وانما منع بيعها لانها استحقت ان تعتق بموته وبيعها يمنع ذلك بخلاف التزويج والاجارة ويبطل دليلهم بالموقوفة والمدبرة عند من منع بيعها .

اذا ثبت هذا : فإنها تخالف الامة القن فى انها تعتق بموت سيدها من رأس المال ، ولا يجوز بيعها ولا التصرف فيها بما ينقل الملك من الهبة والوقف ولا ما يراد للبيع وهو الرهن ، ولا تورث لانها تعتق بموت السيد ويزول الملك عنها روى هذا عن عمر وعثمان وعائشة وعامة الفقهاء .

وروى عن على وابن عباس وابن الزبير اباحة بيعهن ، واليه ذهب داود قال سعيد حدثنا سفيان عن عمرو عن عطاء عن ابن عباس فى ام الولد قال : بعها كما تبيع شاتك او بعيرك .

قال وحدثنا أبو عوانة عن مغيرة عن الشعبي عن عبيدة قال : خطب علي الناس فقال : شاورني عمر في أمهات الأولاد فرأيت أنا وعمر أن أعتقهن فقضى به عمر حياته وعثمان حياته ، فلما وليت رأيت أن أرقهن . قال عبيدة فرأى عمر وعلي في الجماعة أحب الينا من رأى علي وحده .

وقد روى صالح بن أحمد قال : قلت لأبي إلى أي شيء تذهب في بيع أمهات الأولاد ؟ قال أكرهه ، وقد باع علي بن أبي طالب رضي الله عنه ، وقال في رواية إسحاق بن منصور لا يعجبني بيعهن

قال أبو الخطاب فظاهر هذا انه يصح بيعهن مع الكراهة ، فجعل هذا رواية ثانية عن أحمد رضي الله عنه . والصحيح أن هذا ليس رواية مخالفة لقوله أنهن لا يبعن لأن السلف رحمة الله عليهم كانوا يطلقون الكراهة على التحريم كثيراً ومتى كان التحريم والمنع مصرحا به في سائر الروايات عنه وجب حمل هذا اللفظ المحتمل على المصرح به ، ولا يجعل ذلك اختلافا ، ولمن أجاز بيعهن أن يحتج بما روى جابر قال « بعنا أمهات الأولاد على عهـــد رسول الله (ص) وأبي بكر فلما كان عمر رضي الله عنه نهانا فانتهينا » رواه أبو داود . وما كان جائز في عهد رسول الله (ص) وابي بكر لم يجز نسخه بقول عمر ولا غيره ، ولأن نسخ الأحكام إنما يجوز في عصر رسول الله (ص) لان النص إنما ينسخ بنص مثله . وأما قول الصحابي فلا ينسخ ولا ينسخ به ، فإن أصحاب النبي (ص) كانوا يتركون أقوالهم لقول رسول الله (ص) ولا يتركونها بأقوالهم ، وإنما تحمل مخالفة عمر لهذا النص على انه لم يبلغه ، ولو بلغه لم يعـــده الى غيره ، ولأنها مملوكة ولم يعتقها سيدها ولا شيئا منها ولا قرابة بينه وبينها فلم تعتق كالو ولدت من أبيه في نكاح أو غيره ؛ ولأن الأصل الرق ولم يرد بزواله نص ولا إجماع ولا ما في معنى ذلك فوجب البقاء عليه ، ولان ولادتها لو كانت موجبة لعتقها لثبت العتق بها حين وجودها كسائر أسبابه .

وروى عن ابن عبـاس رواية أخرى أنها تجعل في سهم ولدها لتعتق عليه .
وقال سعيد حدثنا سفيان حدثنا الأعمش عن زيد بن وهب قال : مات رجل منا وترك أم ولد فأراد الوليد بن عقبة أن يبيعها في دينه ، فأتينا عبد الله بن مسعود

فذكرنا ذلك له فقال : إن كان ولا بد فاجعلوها فى نصيب أولادها .

ولنا ما روى عكرمة عن ابن عباس قال : قال رسول الله (ص) « أيما أمة ولدت من سيدها فهى حرة عن دبر منه » وقال ابن عباس ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله (ص) فقال « أعتقها ولدها » رواهما ابن ماجه

وذكر الشريف أبو جعفر فى مسائله عن ابن عمر عن النبى (ص) أنه نهى عن بيع أمهات الاولاد ولا يبعن ولا يرهن ولا يرثن ويستمتع بها سيدها ما بدا له فإن مات فهى حرة ، وهذا فيما أظن عن عمر ، ولا يصح عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولأنه اجماع الصحابة رضى الله عنهم ، بدليل قول على كرم الله وجهه : كان رأيي ورأى عمر أن لا تباع أمهات الاولاد ، وقوله فقضى به عمر حياته وعثمان حياته ؛ وقول عبيدة رأى على كرم الله وجهه وعمر فى الجماعة أحب الينا من رأيه وحده .

وروى عكرمة عن ابن عباس : قال عمر رضى الله عنه : مامن رجل كان يقر بأنه يطأ جاريته ثم يموت الا أعتقها ولدها اذا ولدت وان كان سقطا .

فإن قيل فكيف تصح دعوى الإجماع مع مخالفة على وابن عباس وابن الزبير رضى الله عنهم ؟ قلنا قد روى عنهم الرجوع عن المخالفة ، فقد روى عبيدة قال بعث الى على كرم الله وجهه والى شريح : أن اقضوا كما كنتم تقضون فإنى ابغض الاختلاف . وابن عباس قال: ولد أم الولد بمنزلتها، وهو الراوى لحديث عتقهن عن النبى صلى الله عليه وسلم . وعن عمر فيدل على موافقته لهم ، ثم قد ثبت الاجماع باتفاقهم قبل المخالفة ، واتفاقهم معصوم عن الخطأ فان الأمة لا تجتمع على ضلالة ولا يجوز أن يخلو زمن عن قائم لله بحجته ، ولو جاز ذلك فى بعض العصر لجاز فى جميعه ، ورأى الموافق فى زمن الاتفاق خير من رأيه فى الخلاف بعده فيكون الاتفاق حجة على المخالف له منهم كما هو حجة على غيره .

فان قيل فلو كان الاتفاق فى بعض العصر إجماعا حرمت مخالفته ، فكيف خالفه هؤلاء الأئمة الذين لا تجوز نسبتهم الى ارتكاب الحرام ؟ قلنا الإجماع ينقسم الى مقطوع به ومظنون ، وهذا من المظنون فيمكن وقوع المخالفة منهم له

مع كونه حجة كما وقع منهم مخالفة النصوص الظنية ، ولا تخرج بمخالفتهم عن كونها حجة كذا ههنا

فأما قول جابر بعنا أمهات الأولاد فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر فليس فيه تصريح بأنه كان بعلم رسول الله (ص) ولا علم ابى بكر فيكون ذلك واقعا من فعلهم على انفرادهم فلا يكون فيه حجة ، ويتعين حمل الأمر على هذا لأنه لو كان هذا واقعاً بعلم رسول الله (ص) وأبى بكر وأقرا عليه لم تجز مخالفته ولم يجمع الصحابة بعدهما على مخالفتهما ، ولو فعلوا ذلك لم يخل من منكر ينكر عليهم ويقول : كيف يخالفون فعل رسول الله (ص) وفعل صاحبه ؟ وكيف يتركون سنتهما ويحرمون ما أحلا من هذا ؟ ولانه لو كان ذلك واقعا بعلمهما لاحتج به على حين رأى بيعهن ، واحتج به كل من وافقه على بيعهن ، ولم يجر شيء من هذا فوجب أن يحمل الأمر على ما حملناه عليه فلا يكون فيه إذاً حجة ، ويحتمل أنهم باعوا أمهات الأولاد فى النكاح لا فى الملك

فصل

ومن أجاز بيع أم الولد فعلى قوله إن لم يبعها حتى مات ولم يكن له وارث إلا ولدها عتقت عليه ، وإن كان لها وارث سوى ولدها حسبت من نصيب ولدها فعتقت وكان له ما بقى من ميراثه ، وان لم يبق شيء فلا شيء له ، وان كانت أكثر من نصيبه عتق منها قدر نصيبه وباقيها رقيق لسائر الورثة إلا على قول من قال انه اذا ورث سهما ممن يعتق عليه سرى العتق الى باقيه ، وان لم يكن لها ولد من سيدها ورثها كسائر رقيقه .

« مسألة » قال (واذا أصاب الامة وهى فى ملك غيره بنكاح فحملت منه ثم ملكها حاملا عتق الجنين وكان له بيعها)

وجملته انه اذا تزوج أمة غيره فأولدها أو أحبلها ثم ملكها بشراء أو غيره لم تصر أم ولد له بذلك ، سواء ملكها حاملا فولدت فى ملكه أو ملكها بعد ولادتها وبهذا قال الشافعى رضى الله عنه لانها علقت منه بمملوك فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها ، ولان الاصل الرق وإنما خولف هذا الاصل

فيما اذا حملت منه فى ملكه بقول الصحابة رضى الله عنهم ففيما عداه يبقى على الاصل .

ونقل القاضى ابن ابى موسى عن احمد رضى الله عنه أنها تصير أم ولد فى الحالين وهو قول الحسن وأبى حنيفة لانها أم ولده وهو مالك لها فثبت لها حكم الاستيلاد كما لو حملت فى ملكه ولم أجد هذه الرواية عن أحمد فيما اذا ملكها بعد ولادتها إنما نقل عنه التوقف عنها فى رواية مهنا فقال لا أقول فيها شيئا . وصرح فى رواية جماعة سواه بجواز بيعها ، فقال لا أرى بأسا أن يبيعها ، إنما الحسن وحده قال إنها أم ولد ، وقال أكثر ما سمعنا فيه من التابعين يقولون لا تكون أم ولد حتى تلد عنده وهو يملكها ، فإن عبيدة السلمانى يقول نبيعها . وشريح وابراهيم وعامر الشعبي وأما اذا ملكها حاملا فظاهر كلام أحمد رضى الله عنه انها تصير أم ولد ، وهو مذهب مالك رضى الله عنه لانها ولدت منه فى ملكه فأشبه ما لو أحبلها فى ملكه وقد صرح أحمد رضى الله عنه فى رواية إسحاق بن منصور انها لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حملا .

وروى عنه ابنه صالح قال : سألت أبى عن الرجل ينكح الامة فتلد منه ثم يبتاعها قال لا تكون أم ولد له ، قلت فإن استبرأها وهى حامل منه ؟ قال اذا كان الوطء يزيد فى الولد وكان يطأها بعدما اشتراها وهى حامل منه كانت أم ولد له قال ابن حامد : إن وطئها فى ابتداء حملها او توسطه كانت بذلك ام ولد له لأن الماء يزيد فى سمع الولد وبصره .

وقال القاضى . ان ملكها حاملا فلم يطأها حتى وضعت لم تصر ام ولد له ، وان وطئها حال حملها نظرنا فإن كان بعد ان كمل الولد وصار له خمسة أشهر لم تصر به أم ولد ، وان كان وطئها قبل ذلك صارت له بذلك ام ولد ، لأن عمر رضى الله عنه قال : ابعد ما اختلطت دماؤكم ودماؤهن ولحومكم ولحومهن بعتموهن ؟ فعلل بالمخالطة ، والمخالطة ههنا حاصلة لان الماء يزيد فى الولد ، ولان لحرية البعض أثراً فى تحرير الجميع ، بدليل ما اذا اعتق احد الشريكين نصيبه من العبد .

وقال ابو الخطاب : ان وطئها بعد الشراء فهى ام ولد ، وكلام الخرقى يقتضى

أنها لا تكون أم ولد إلا أن تحبل منه في ملكه ، وهو الذي نص عليه أحمد رضي الله عنه في رواية إسحاق بن منصور فقال : لا تكون أم ولد حتى تحدث عنده حملا لأنها لم تعلق منه بحر فلم يثبت لها حكم الاستيلاد كما لو زنى بها ثم اشتراها . يحقق هذا أن حملها منه ما أفاد الحرية لولده ، فلأن لا يفيدها الحرية أولى ، ويفارق هذا ما إذا حملت منه في ملكه ، فإن الولد حر فتتحرر بتحريره ، وما ذكروه من زيادة الولد بالوطء غير متيقن ، فإن هذا الولد يحتمل أنه زاد ، ويحتمل انه لم يزد فلا يثبت الحكم بالشك ، ولو ثبت أنه زاد لم يثبت الحكم بهذه الزيادة ، بدليل ما لو ملكها وهي حامل من زنا منه أو من غيره فوطئها لم تصر أم ولد . وإن زاد الولد به ، ولان حكم الاستيلاد إنما يثبت بالإجماع في حق من حملت منه في ملكه وما عداه ليس في معناه وليس فيه نص ولا اجماع فوجب أن لا يثبت هذا الحكم ، ولان الأصل الرق فيبقى على ما كان عليه

(فصل) قال أحمد رضي الله عنه فيمن اشترى جارية حاملا من غيره فوطئها قبل وضعها فإن الولد لا يلحق بالمشتري ولا يبيعه ولكن يعتقه لأنه قد شرك فيه لأن الماء يزيد في الولد .

وقد روى عن أبي الدرداء عن النبي (ص) « أنه مر بامرأة مجح على باب فسطاط فقال : لعله يريد أن يلم بها ؟ قالوا نعم ، فقال رسول الله (ص) : لقد هممت أن ألعنه لعنا يدخل معه في قبره ، كيف يورثه وهو لا يحل له أم كيف يستخدمه وهو لا يحل له ؟ » رواه أبو داود ، يعني ان استلحقه وشركه في ميراثه لم يحل له لأنه ليس بولده ، فإن اتخذه مملوكا يستخدمه لم يحل له لأنه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد .

(فصل) واذا وطيء الرجل جارية ولده ، فإن كان قد قبضها وتملكها ولم يكن الولد وطئها ولا تعلقت بها حاجته فقد ملكها الاب بذلك وصارت جاريته والحكم فيها كالحكم في جاريته التي ملكها بالشراء ، وان وطئها قبل تملكها فقد فعل محرما ، لأن الله تعالى قال (والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون)

وهذه ليست زوجا له ولا ملك يمينه ، فإن قيل فقد قال النبي صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لأبيك » فأضاف مال الابن إلى أبيه بلام الملك والاستحقاق ، فدل على أنه ملكه ، قلنا لم يرد النبي صلى الله عليه وسلم حقيقة الملك ، بدليل أنه أضاف إليه الولد وليس بمملوك ، وأضاف إليه ماله فى حالة إضافته إلى الولد ، ولا يكون الشيء مملوكا لمالكين حقيقة فى حال واحدة ، وقد يثبت الملك لولده حقيقة بدليل حل وطء إمائه والتصرف فى ماله وصحة بيعه وهبته وعتقه ، ولأن الولد لو مات لم يرث منه أبوه إلا ما قدر له ، ولو كان ماله لاختص به ، ولو مات الأب لم يرث ورثته مال ابنه ولا يجب على الأب حج ولا زكاة ولا جهاد بيسار ابنه ، فعلم أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أراد التجوز بتشبيهه بماله فى بعض الأحكام .

إذا ثبت هذا فإنه لا حد على الاب للشبهة ، لأنه إذا لم يثبت حقيقة الملك فلا أقل من أن يكون شبهة تدرأ الحد ، فإن الحدود تدرأ بالشبهات ، ولكن يعزر لأنه وطىء جارية لا يملكها وطئاً محرما فكان عليه التعزير كوطء الجارية المشتركة .

وفيه وجه آخر لا يعزر عليه لأن مال ولده كماله ، ولا يصح لان ماله مباح له غير ملوم عليه وهذا الوطء هو عاد فيه ملوم عليه ، وان علقت منه فالولد حر لأنه من وطىء دريء فيه الحد لشبهة الملك وكان حراً كولد الجارية المشتركة ولا تلزمه قيمته لان الجارية تصير ملكا له بالوطء فيحصل علوقها بالولد وهى ملك له وتصير أم ولد له تعتق بموته وتنتقل إلى ملكه فيحل له وطؤها بعد ذلك ، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي فى أحد قوليه .

وقال فى الآخر لا تصير أم ولد له ولا يملكها لأنه استولدها فى غير ملكه فأشبه الاجنبي ، ولأن ثبوت أحكام الاستيلاد إنما كان بالاجماع فيما اذا استولد مملوكته وهذه ليست مملوكة له ولا فى معنى مملوكته فإنها محرمة عليه فوجب أن لا يثبت لها هـــذا الحكم ، ولان الاصل الرق فيبقى على الاصل ، ولان الوطء المحرم لا ينبغى أن يكون سببا للملك الذى هو نعمة وكرامة لانه يفضي إلى تعاطى المحرمات .

ولنا أنها علقت منه بحر لاجل الملك فصارت أم ولد له كالجارية المشتركة ، وفارق وطء الاجنبي فى هذا . إذا ثبت هذا فانه لا يلزمه مهرها ولا قيمتها .

وقال أبو حنيفة لا يلزمه مهرها ويلزمه قيمتها لانه أخرجها عن ملك سيدها بفعل محرم فأشبه ما لو قتلها ، وإنما لم يلزمه مهرها لانه اذا ضمنها فقد دخلت قيمة البضع فى ضمانها فلم يضمنه ثانيا ، كالو قطع يدها فسرى القطع الى نفسها فانه يضمن قيمة النفس دون قيمة اليد .

وقال الشافعى يلزمه مهرها لانه وطىء جارية غيره وطئا محرما فلزمه مهرها كالاجنبى ، وتلزمه قيمتها على القول بكونها أم ولد كما يلزم أحد الشريكين قيمة نصيب شريكه اذا استولد الجارية المشتركة .

ولنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « أنت ومالك لابيك » ولانه لا تلزمه قيمة ولدها فلم يلزمه مهرها ولا قيمتها كمملوكته ، ولانه وطء صارت به الموطوءة أم ولد لامر لا يختص ببعضها فأشبه استيلاد مملوكته .

(فصل) فإن كان الولد قد وطىء جاريته ثم وطئها أبوه فأولدها فقد روى عن أحمد رضى الله عنه فيمن وقع على جارية ابنه ان كان الاب قابضا لها ولم يكن الابن وطئها فهى أم ولده وليس للابن فيها شىء .

قال القاضى فظاهر هذا أن الابن ان كان قد وطئها لم تصر أم ولد للاب باستيلادها لانها تحرم عليه تحريما مؤبداً بوطء ابنه لها ولا تحل له بحال ، فأشبه وطء الاجنبى ، فعلى هذا القول لا يملكها ولا تعتق بموته .

فأما ولدها فيعتق على أخيه لانه ذو رحم منه ، ويحتمل أن يثبت لها حكم الاستيلاد من غير أن تحل له كما لو استولد مملوكته التى وطئها ابنه فانها تصير أم ولد له مع كونها محرمة عليه على التأبيد فكذلك ههنا ، وذلك لانه وطء يدرأ فيه الحد بشبهة الملك فصارت به أم ولد كما لو لم يطأها الابن .

(فصل) وان وطىء الابن جارية أبيه أو أمه فهو زان يلزمه الحد اذا كان عالما بالتحريم ولا تصير أم ولد له ويلزمه مهرها وولده يعتق على جده لانه ابن ابنه اذا قلنا ان ولده من الزنا يعتق على أبيه وتحرم الجارية على الاب على التأبيد ولا تجب بسبب قيمتها على الابن لانه لم يخرجها عن ملكه ولم يمنعه بيعها ولا التصرف فيها بغير الاستمتاع فان استولدها الاب بعد ذلك فقد فعل محرما ولا حد عليه لانه

وطء صادف ملكا وتصير أم ولد له لانه استولد مملوكته ، فأشبه ما لو وطىء أمته المرهونة .

(فصل) وان زوج أمته ثم وطئها فقد فعل محرما ولا حد عليه لانها مملوكته ويعزر ؛ قال أحمد رضى الله عنه يجلد ولا يرجم ، يعنى أنه يعزر بالجلد ، لانه لو وجب عليه الحد لوجب الرجم اذا كان محصنا ، فإن أولدها صارت أم ولده لانه استولدها مملوكته وتعتق بموته وولده حر وما ولدت بعد ذلك من الزوج فحكمه حكم أمه

(فصل) ولو ملك رجل أمه من الرضاع أو أخته أو ابنته لم يحل له وطؤها فان وطئها فلا حد عليه فى أصح الروايتين لانها مملوكته ويعزر فإن ولدت فالولد حر ونسبه لاحق به وهى أم ولده ، وكذلك لو ملك أمة مجوسية أو وثنية فاستولدها أو ملك الكافر أمة مسلمة فاستولدها فلا حد عليه ويعزر ويلحقه نسب ولده وتصير أم ولد له تعتق بموته لما ذكرنا ، وكذلك لو وطىء أمته المرهونة أو وطىء رب المال أمة من مال المضاربة فأولدها صارت له بذلك أم ولد وخرجت من الرهن والمضاربة وعليه قيمتها للمرتهن تجعل مكانها رهنا أو توفية عن دين الرهن وتنفسخ المضاربة فيها ، وان كان فيها ربح جعل الربح فى مال المضاربة والله أعلم .

« مسألة » قال (واذا علقت منه بحر فى ملكه فوضعت بعض ما يستبين فيه خلق الانسان كانت له بذلك أم ولد)

ذكر الخرقى لمصيرها أم ولد شروطا ثلاثة . أحدها : ان تعلق منه بحر ، فأما ان علقت منه بمملوك ، ويتصور ذلك فى الملك فى موضعين . أحدهما : فى العبد اذا ملكه سيده ، وقلنا انه يملك فإنه اذا وطىء أمته واستولدها فولده مملوك ولا تصير الامة أم ولد يثبت لها حكم الاستيلاد بذلك ، وسواء أذن له سيده فى التسرى بها أو لم يأذن له . والثانى : اذا استولد المكاتب امته فإن ولده مملوك له وأما الأمة : فإنه لا تثبت لها أحكام أم الولد فى العتق بموته فى الحال ، لان المكاتب ليس بحر وولده منها ليس بحر فأولى أن لا تتحرر هى ؛ ومتى عجز المكاتب وعاد إلى الرق أو مات قبل اداء كتابته فهى امة قن كأمة العبد القن ، وهل يملك المكاتب بيعها والتصرف فيها ؟ ففيه اختلاف ؛ ذكر القاضى فى موضع أنه لا يثبت فيها

شيء من أحكام الاستيلاد ولا تصير أم ولد بحال ، وهذا أحد قولي الشافعي لأنها علقت بمملوك في ملك غير تام فلم يثبت لها شيء من أحكام الاستيلاد كأمة العبد القن ، وظاهر المذهب أنها موقوفة لا يملك بيعها ولا نقل الملك فيها ، فإن عتق صارت له أم ولد تعتق بموته فيثبت لها من حرمة الاستيلاد ما يثبت لولدها من حرمة الحرية وقد نص أحمد رضي الله عنه على منع بيعها ، ومفهوم كلام الخرقي يحتمل الوجهين جميعاً .

الشرط الثاني : أن تعلق منه في ملكه سواء كان من وطء مباح أم محرم مثل الوطء في الحيض أو النفاس أو الصوم أو الاحرام أو الظهار أو غيره ؛ فأما إن علقت منه في غير ملكه لم تصر بذلك أم ولد ، سواء علقت منه بمملوك ، مثل أن يطأها في ملك غيره بنكاح أو زنا ، أو علقت بحر مثل أن يطأها بشبهة أو غر من أمة وتزوجها على أنها حرة فاستولدها ، أو اشترى جارية فاستولدها فبانت مستحقة فإن الولد حر ولا تصير الأمة أم ولد في هذه المواضع بحال، وفيه وجه آخر أنه إن ملكها بعد ذلك صارت أم ولد ، وقد ذكرنا الخلاف في ذلك في المسألة التي قبل هذه ، والمقصود بذكر هذه الشروط ههنا ثبوت الحكم عند اجتماعها ، وأما انتفاؤه عند انتفائها فيذكر في مسائل مفردة لها .

الشرط الثالث : أن تضع ما يتبين فيه شيء من خلق الانسان من رأس أو يد أو رجل أو تخطيط ، سواء وضعته حيا أو ميتا ، وسواء أسقطته أو كان تاما ، قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه : اذا ولدت الأمة من سيدها فقد عتقت وان كان سقطا ، وروى الأثرم بإسناده عن ابن عمر انه قال اعتقها ولدها وان كان ولدها سقطا ، قال الأثرم قلت لأبي عبد الله أم الولد اذا أسقطت لا تعتق ؟ فقال إذا تبين فيه يد أو رجل او شيء من خلقه فقد عتقت، وهذا قول الحسن والشافعي وقال الشعبي إذا تلبث في الخلق الرابع فكان مخلقا انقضت به عدة الحرة واعتقت به الأمة ، ولا اعلم في هذا خلافا بين من قال بثبوت حكم الاستيلاد ، فأما ان القت نطفة او علقة لم يثبت به شيء من احكام الولادة لأن ذلك ليس بولد ، وروى يوسف بن موسى ان ابا عبد الله قيل له ما تقول في الامة اذا القت مضغة او علقة ؟ قال تعتق، وهذا قول إبراهيم النخعي، وان وضعت مضغة لم يظهر فيها

شيء من خلق الآدمي فشهد ثقات من القوابل ان فيها صورة خفية تعلقت بها الاحكام لانهن اطلعن على الصورة التي خفيت على غيرهن ، وان لم يشهدن بذلك لكن علم انه مبتدأ خلق آدمي اما بشهادتهن أو غير ذلك ففيه روايتان .

إحداهما : لا تصير به الأمة أم ولد ولا تنقضي به عدة الحرة ولا يجب على الضارب المتلف له الغرة ولا الكفارة ، وهذا ظاهر كلام الخرقي والشافعي وظاهر ما نقله الاثرم عن احمد رضي الله عنه ، وظاهر كلام الحسن والشعبي وسائر من اشترط أن يتبين شيء فيه خلق الانسان لانه لم يبن فيه شيء من خلق الادمي اشبه النطفة والعلقة .

والثانية : تتعلق به الأحكام الاربعة لانه مبتدا خلق آدمي اشبه اذا تبين ، وخرج ابو عبد الله بن حامد رواية ثالثه وهو ان الامه تصير بذلك ام ولد ولا تنقضي به عدة الحرة ، لانه روى عن احمد رضي الله عنه في الامه اذا وضعت فسئله القوابل فعلمن انه لحم ولم يتبين لحمه تحتاط في العدة بأخرى ويحتاط بعتق الامه ، وظاهر هذا انه حكم بعتق الامه ولم يحكم بانقضاء العدة ، لان عتق الامه يحصل للحرية فاحتيط بتحصيلها ، والعدة يتعلق بها تحريم التزوج وحرمة الفرج فاحتيط بإبقائها ، وقال بعض الشافعية . بالعكس لا تجب العدة ولا تصير الامة ام ولد لان الاصل عدم كل واحد منهما فيبقى على اصله ، ولا يصح لان العدة كانت ثابتة والاصل بقاؤها على ما كانت عليه ، والاصل في الادمي الحرية فتغلب ما يفضي اليها والله اعلم .

« مسألة » قال (فإذا مات فقد صارت حرة وان لم يملك غيرها)

يعني ان ام الولد تعتق من رأس المال وان لم يملك سواها ، وهذا قول كل من رأى عتقهن لا نعلم بينهم فيه خلافا ، وسواء ولدت في الصحة أو المرض لانه حاصل بالتذاذه وشهوته ، وما يتلفه في لذاته وشهوته يستوي فيه حال الصحة والمرض ، كالذي يأكله ويلبسه ، ولان عتقها بعد الموت وما يكون بعد الموت يستوي فيه المرض والصحة كقضاء الديون والتدبير والوصيه ، ولا نعلم في هذا خلافا بين من رأي عتقهن .

قال سعيد : حدثنا سفيان عن يحيي بن سعيد عن نافع قال : أدرك ابن عمر رجلان فقالا إنا تركنا هذا الرجل يبيع أمهات الأولاد ، يعنيان ابن الزبير ، فقال ابن عمر أتعرفان أبا حفص ؟ فإنه قضى فى أمهات الأولاد أن لا يبعن ولا يوهبن يستمتع بها صاحبها فإذا مات فهى حرة .

وقال حدثنا غياث عن حصيف عن عكرمة عن ابن عباس قال : قال عمر رضى الله عنه : مامن رجل كان يقر بأنه يطأ جاريته ويموت إلا أعتقها إذا ولدت وان كان سقطا .

(فصل) ولا فرق بين المسلمة والكافرة والعفيفة والفاجرة ، ولا بين المسلم والكافر والعفيف والفاجر فى هذا فى قول أئمة أهل الفتوى من أهل الأمصار ، لأن ما يتعلق به العتق يستوى فيه المسلم والكافر والعفيف والفاجر كالتدبير والكتابة ، ولأن عتقها بسبب اختلاط دمها بدمه ولحمها بلحمه ، فإذا استويا فى النسب استويا فى حكمه .

وروى سعيد حدثنا هشيم أخبرنا منصور عن ابن سيرين عن أبى عطية الهمدانى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال فى أم الولد إن أسلمت وأحصنت وعفت أعتقت ، وان كفرت وفجرت وغدرت رقت ، وقال حدثنا هشيم أخبرنا يحيي عن أم ولد رجل ارتدت عن الاسلام فكتب فى ذلك الى عمر بن عبد العزيز (رض) وكتب عمر بيعوها ليسبيها أحد من أهل دينها ، واذا كان مبنى عتق أمهات الأولاد على قول عمر رضى الله عنه ، وقد قال هذا القول فينبغى أن يختص العتق بالمسلمة العفيفة دون الكافرة الفاجرة لانتفاء الدليل الذى ثبت به عتقهن والله أعلم .

« مسألة » قال (واذا صارت الأمة أم ولد بما وصفنا ثم ولدت من غيره كان له حكمها فى العتق بموت سيدها)

وجملته أن أم الولد إذا ولدت بعد ثبوت حكم الاستيلاد لها من غير سيدها ، من زوج أو غيره فحكم ولدها حكمها فى أنه يعتق بموت سيدها ويجوز فيه من التصرفات ما يجوز فيها ، ويمتنع فيه ما يمتنع فيها .

قال أحمد رضى الله عنه ، قال ابن عمر وابن عباس وغيرهما ولدها بمنزلتها ،

ولا نعلم في هذا خلافا بين القائلين بثبوت حكم الاستيلاد إلا أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه قال هم عبيد ، فيحتمل أنه أراد أنه لا يثبت لهم حكم أمهم ، لأن الاستيلاد مختص بها فيختص بحكمه ، كولد من علق عتقها بصفة ، ويحتمل أنه أراد أنهم عبيد حكمهم حكم أمهم ، مثل قول الجماعة ، لأن الولد يتبع أمه في الرق والحرية فيتبعها في سببه إذا كان متأكداً كولد المكاتبة والمدبرة ، بل ولد أم الولد أولى لأن سبب العتق فيها مستقر ولا سبيل الى إبطاله بحال ، فإن ماتت أم الولد قبل سيدها لم تبطل حكم الاستيلاد في الولد وتعتق بموت سيدها لان السبب لم يبطل وانما تثبت الحرية فيها لأنها لم يبق محلا . وكذلك ولد المدبرة لا يبطل الحكم فيه بموت أمه .

وأما ولد المكاتبة إذا ماتت فإنه يعود رقيقاً لأن العقد يبطل بموتها فلم يبق حكمه فيه ، وقد ذكرنا في هذا خلافا فيما تقدم ، وان أعتق السيد أم الولد أو المدبرة لم يعتق ولدها لأنها عتقت بغير السبب الذي تبعها فيه ويبقى عتقه موقوفا على موت سيده ، وكذلك ان أعتق ولدهما لم يعتقا بعتقه ، وان أعتق المكاتبة فقد قال أحمد وسفيان وإسحاق : المكاتبة إذا أدت أو أعتقت عتق ولدها ، وأم الولد والمدبرة إذا أعتقت لم يعتق ولدها حتى يموت السيد ، فظاهر هذا أن ولد المكاتبة يتبعها في العتق بإعتاق سيدها لانه في حكم مالها يستحق كسبه فيتبعها اذا أعتقها كمالها ، ولأن اعتاقها يمنع أداءها بسبب من السيد فأشبه ما لو أبرأها من مال الكتابة .

(فصل) فأما ولد أم الولد قبل استيلادها وولد المدبرة قبل تدبيرها والمكاتبة قبل كتابتها فلا يتبعها لوجوده قبل انعقاد السبب فيها وزوال حكم التبعية عنه قبل تحقق السبب في أمه ، ولهذا لا يتبعها في العتق المنجز ففي السبب أولى .

وذكر أبو الخطاب في ولد المدبرة قبل التدبير روايتين ، فيخرج ههنا مثله وهو بعيد لأن الولد المنفصل لا يتبعها في عتق ولا بيع ولا هبة ولا رهن ولا شيء من الاحكام سوى الاسلام بشرط كونه صغيراً ، فكيف يتبع في التدبير ؟ ولأنه لا نص فيه ولا قياس يقتضيه فيبقى بحاله .

« مسألة » قال (واذا أسلمت أم ولد النصرانى منع من وطئها والتلذذ بها وأجبر على نفقتها فإذا أسلم حلت له وان مات قبل ذلك عتقت)

وجملة ذلك : أن الكافر يصح منه الاستيلاد لامته كما يصح منه عتقها ، واذا استولد الذمى أمته ثم أسلمت لم تعتق فى الحال ، وبهذا قال الشافعى ، وقال مالك تعتق اذ لا سبيل الى بيعها ولا الى اقرار ملكه عليها لما فيه من اثبات ملك كافر على مسلمة فلم يجز كالامة القن .

وعن أحمد رضى الله عنه رواية أخرى أنها تستسعى فإن أدت عتقت ، وهو قول أبى حنيفة لأن فيه جمعا بين الحقين ، حقها فى أن لا يبقى ملك الكافر عليها وحقه فى حصول عوض ملكه فاشبه بيعها اذا لم تكن أم ولد .

ولنا انه اسلام طرأ على ملك فلم يوجب عتقاً ولا سعاية كالعبد القن ، وماذكروه مجرد حكمة لم يعرف من الشارع اعتبارها ، وبقاؤها ضرر فإن فى عتقها مجانا اضرارا بالمالك بإزالة ملكه بغير عوض ، وفى الاستسعاء إلزام لها بالكسب بغير رضاها وتضييع لحقه . لان فيه احالة على سعاية لاتدرى هل يحصل منها شىء او لا ؟ وان حصل فالظاهر انه يكون يسيراً فى اوقات متفرقة وجوده قريب من عدمه ، والحق ان يبقى الملك على ما كان عليه ويمنع من وطئها والتلذذ بها كى لا يطأها ويبتذلها وهو مشرك ، ويحال بينه وبينها ويمنع الخلوة بها لئلا يفضى الى الوطء المحرم ويجبر على نفقتها على التمام لأنها مملوكته ، ومنعه من وطئها بغير معصية منها فأشبهت الحائض والمريضة وتسلم الى امرأة ثقة تكون عندها لتحفظها وتقوم بأمرها ، وان احتاجت الى آجر أو أجر مسكن فعلى سيدها .

وذكر القاضى أن نفقتها فى كسبها وما فضل من كسبها فهو لسيدها ، وان عجز عن نفقتها فهل يلزم سيدها تمام نفقتها ؟ على روايتين ، ونحو هذا مذهب الشافعى ، والصحيح أن نفقتها على سيدها وكسبها له يصنع به ما شاء وعليه نفقتها على التمام ، سواء كان لها كسب أو لم يكن ، لأنها مملوكة له ولم يجر بينهما عقد يسقط نفقتها ولا يملك به كسبها فاشبهت أمته القن أو ما قبل اسلامها ، ولأن

الملك سبب لهذين الحكمين والحادث منهما لا يصلح مانعا لان الاستيلاد لا يمنع منهما بدليل ما قبل اسلامها والاسـلام لا يمنع بدليل ما لو وجد قبل ولادتها واجتماعهما لا يمنع لانه لا نص فيه ولا هو فى معنى المنصوص عليه ، ولأنه اذا لم تلزمه نفقتها ولم يكن لها كسب أفضى الى هلاكها وضياعها ولانه يملك فاضل كسبها فيلزمه فضل نفقتها كسائر مماليكه .

« مسألة » قال (واذا عتقت أم ولد بموت سيدها فما كان فى يدها من شيء فهو لورثة سيدها)

إنما كان كذلك لأن أم الولد أمة وكسبها لسيدها وسائر مافى يدها له فإذا مات سيدها فعتقت انتقل مافى يدها الى ورثته كسائر ماله وكما فى يد المدبرة وتخالف المكاتبة فإن كسبها فى حياة سيدها لها فإذا عتقت بقى لها كما كان لها قبل العتق .

« مسألة » قال (ولو أوصى لها بما فى يدها كان لها إذا احتمله الثلث)

وجملته . أن الوصية لأم الولد تصح فلا نعلم فيه خلافا بين أهل العلم القائلين بثبوت حكم الاستيلاد وبهذا قال الشافعى وإسحاق وأصحاب الرأى .

وقد روى الإمام أحمد وسعيد بن منصور عن هشيم حدثنا حميد عن الحسن أن عمر بن الخطاب أوصى لأمهات أولاده بأربعة آلاف أربعة آلاف ولأن أم الولد حرة فى حال نفوذ الوصية لها لأن عتقها يتنجز بموته فلا تقع الوصية لها إلا فى حال حريتها ، وأما قوله إذا احتمله الثلث فلأن الوصية كلها لا تلزم إلا فى الثلث فما دون وهذا منها وما زاد على الثلث يقف على إجازة الورثة فإن أجازوه جاز وإلا رد إلى الورثة ولا تعتبر قيمة أم الولد من الثلث لأنها تعتق من رأس المـال فلا تحتسب من الثلث كقضاء الديون وأداء الواجبات .

(فصل) وان أوصى لمدبره أو مدبرته صحت الوصية أيضا إلا أنه تعتبر قيمته وما أوصى له به من الثلث لان التدبير تبرع فكان من الثلث كالوصية فان خرجا من الثلث عتق وكان ما أوصى به له وصحت الوصية لأنها وقعت فى حال حريته فأشبهت الوصية لأم ولده ، وإن لم يخرجا من الثلث اعتبرت قيمته من الثلث

فيعتق منه بقدر الثلث ليعتق دون المال ، وإن كانت قيمته بقدر الثلث عتق ولا وصية له وإن فضل من الثلث شيء بعد عتقه فله من الوصية تمام الثلث ويقف ما زاد على إجازة الورثة .

« مسألة » قال (وإذا مات عن أم ولده فعدتها حيضة)

إنما كان كذلك لأن الواجب عليها استبراء نفسها لخروجها من ملك سيدها الذي كان يطؤها فكان ذلك بحيضة كما لو أعتقها سيدها في حياته ، وإنما سمى الخرقي هذا عدة لأن الاستبراء أشبه العدة في كونه يمنع النكاح وتحصل به معرفة براءتها من الحمل ، وقد ذكرنا هذه المسألة في العدد والخلاف فيها على ما مضى .

« مسألة » قال (وإذا جنت أم الولد فداها سيدها بقيمتها أو دونها)

وجملته أن أم الولد إذا جنت تعلق أرش جنايتها برقبتها وعلى السيد أن يفديها بأقل الأمرين من قيمتها أو دونها . وبهذا قال الشافعي . وحكى أبو بكر عبد العزيز قولا آخر أنه يفديها بأرش جنايتها بالغة ما بلغت لأنه لم يسلمها في الجنايه فلزمه أرش جنايتها بالغة ما بلغت كالقن . وقال أبو ثور وأهل الظاهر ليس عليه فداؤها وتكون جنايتها في ذمتها تتبع بها إذا عتقت لأنه لا يملك بيعها فلم يكن عليه فداؤها كالحرة .

ولنا أنها مملوكة له كسبها لم يسلمها فلزمه أرش جنايتها كالقن ولا تلزمه زيادة على قيمتها لأنه لم يمتنع من تسليمها ، وإنما الشرع منع ذلك لكونها لم تبق محلا للبيع ولا لنقل الملك فيها ، وفارقت القن اذا لم يسلمها ، فإنه ان أمكن أن يسلمها للبيع فربما زاد فيها مزايد أكثر من قيمتها ، فإذا امتنع مالكها من تسليمها أوجبنا عليه الأرش بكماله ؛ وفي مسألتنا لا يحتمل ذلك فيها فإن بيعها غير جائز فلم يكن عليه أكثر من قيمتها

(فصـــل) وإذا ماتت قبل فدائها فلا شيء على سيدها لأنه لم يتعلق بذمته شيء وإنما تعلق برقبتها فإذا ماتت سقط الحق لتلف متعلقه ، وان نقصت قيمتها قبل فدائها وجب فداؤها بقيمتها يوم الفداء ، لأنها لو تلف جميعها لسقط الفداء

فوجب أن يسقط بعضه بتلف بعضها ، وان زادت قيمتها زاد فداؤها لأن متعلق الحق زاد فزاد الفداء بزيادته كالرقيق القن ، وينبغي أن تحسب قيمتها معيبة بعيب الاستيلاد لأن ذلك نقصها فاعتبر كالمرض وغيره من العيوب ، ولأن الواجب قيمتها في حال فدائها وقيمتها ناقصه عن قيمة غير أم الولد فيجب أن ينقص فداؤها وأن يكون مقدار قيمتها في حال كونها أم ولد ، والحكم في المدبرة كالحكم في أم الولد الا أنها يجوز بيعها في رواية فيمكن تسليمها للبيع ان اختار سيدها ، وان امتنع منه فهل يفديها بأقل الأمرين أو يلزمه أرش الجناية بالغا ما بلغ ؟ يخرج على روايتين .

(فصل) وان كسبت بعد جنايتها شيئا فهو لسيدها لأن الملك ثابت له دون المجني عليه وان ولدت فهو لسيدها أيضا لأنه منفصل عنها فأشبه الكسب ؛ وان فداها في حال حملها فعليه قيمتها حاملا لان الولد متصل بها فأشبه سمنها ، وان أتلفها سيدها فعليه قيمتها لانه أتلف حق غيره فأشبه ما لو أتلف الرهن ، وان نقصها فعليه نقصها لانه لما ضمن العين ضمن أجزاءها والله اعلم

« مسأله » قال (فإن عادت فجنت فداها كما وصفت)

وجملته أن أم الولد اذا جنت جنايات لم تخل من ان تكون الجنايات كلها قبل فداء شيء منها او بعده ، فإن كانت قبل الفداء تعلق ارش الجميع برقبتها ولم يكن عليه فيها كلها الا قيمتها او ارش جميعها وعليه الاقل منهما ، ويشترك المجني عليهم في الواجب لهم فإن وفى بها وإلا تحاصوا فيه بقدر اروش جناياتهم ، وان كان الثاني بعد فدائها من الاولى فعليه فداؤها من التي بعدها كما فدى الاولى ، وقال ابو الخطاب عن احمد رضي الله عنه رواية ثانية : اذا فداها بقيمتها مرة لم يلزمه فداؤها بعد ذلك لانها جانية فلم يلزمه أكثر من قيمتها كما لو لم يكن فداها ، وقال الشافعي رضي الله عنه في أحد قوليه : لا يضمنها ثانيا ، ويشارك الثاني الاول فيما أخذه كما لو كانت الجنايات قبل فدائها .

ولنا انها أم ولد جانية فلزمه فداؤها كالاولى ، ولان ما اخذه الاول عوض جنايته اخذه بحق فلم يجز ان يشاركه غيره فيه كأرش جناية الحر او الرقيق القن

وفارق ماقبل الفداء لأن أرش الجنايات تعلق برقبتها فى وقت واحد فلم يلزم السيد أكثر من قيمة واحدة كما لو كانت الجنايات على واحد .

(فصل) فإن أبرأ بعضهم من حقه توفر الواجب على الباقين إذا كانت كلها قبل الفداء وان كانت الجناية المعفو عنها بعد فدائه توفر أرشها على سيدها والله أعلم

« مسألة » قال ﴿ ووصية الرجل لأم ولده واليها جائزة ﴾

أما الوصية لها فقد ذكرناها وأما الوصية اليها فجائزة لأنها فى حال نفوذ الوصية حرة فأشبهت زوجته أو غيرها من النساء ويعتبر لصحة الوصية اليها ما يعتبر فى غيرها من العدالة والعقل وسائر الشروط وسواء كانت الوصية على أولادها أو غيرهم أو وصى اليها بتفريق ثلثه أو قضاء دينه أو إمضاء وصيته أو غير ذلك .

« مسألة » قال ﴿ وله تزويجها وإن كرهت ﴾

وجملته : أن للرجل تزويج أم ولده أحبت ذلك أم كرهت ، وبهذا قال أبو حنيفة رضى الله عنه وهو أحد قولى الشافعى واختيار المزنى وقال فى القديم ليس له تزويجها إلا برضاها لأنها قد ثبت لها حكم الحرية على وجه لا يملك السيد إبطالها فلم يملك تزويجها بغير رضاها كالمكاتبة ، وقال فى الثالث ليس له تزويجها وان رضيت ، لأن ملكه فيها قد ضعف وهى لم تكمل فلم يملك تزويجها كاليتيمة وهل يزوجها الحاكم على هذا القول ؟ فيه خلاف . وقد روى عن أحمد رضى الله عنه أنه قيل له أن مالكا لا يرى تزويجها فقال ومانصنع بمالك ؟ هذا ابن عمر وابن عباس يقولان إذا ولدت من غيره كان لولدها حكمها .

ولنا أنها أمة يملك الاستمتاع بها واستخدامها فملك تزويجها كالقن وفارقت المكاتبة فإنه لا يملك ذلك منها ، والقول الثالث : فاسد لذلك ولأنه يفضى الى منع النكاح لامرأة بالغة محتاجة اليه ، وقولهم يزوجها الحاكم لا يصح فإن الحاكم لا يزوج الا عند عدم الولى أو غيبته أو عضله ولم يوجد واحد منها إذا ثبت هذا فانه إذا زوجها فالمهر له لأنه بمنزلة كسبها وكسبها له وإذا عتقت بموته فان كان زوجها عبداً فلها الخيار ولأنها عتقت تحت عبد وإن كان حراً فلا خيار لها .

« مسأله » قال ﴿ ولا حد على من قذفها ﴾

هذا قول أكثر أهل العلم ، وقد روى عن أحمد رضى الله عنه أنه عليه الحد لأن ذلك يروى عن ابن عمر ولأن قذفها قذف لولدها الحر ، وفيها معنى يمنع بيعها فاشبهت الحرة والأول أصح لأنها أمة حكمها حكم الإماء فى أكثر أحكامها ففى الحد أولى ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ويحتاط لإسقاطها ولأنها أمة تعتق بالموت أشبهت المدبرة وتفارق الحرة فانها كاملة .

(فصل) ولا يجب القصاص على الحرة بقتلها لعدم المكافأة ، وان كان القاتل لها رقيقا وجب القصاص عليه لأنها أكمل منه ، وان جنت على عبد او امة جناية فيها القصاص لزمها القصاص لانها امة احكامها احكام الاماء واستحقاقها العتق لا يمنع القصاص كالمدبرة .

« مسأله » قال ﴿ وإن صلت مكشوفة الرأس كره لها ذلك واجزأها ﴾

إنما كره لها كشف رأسها فى صلاتها لأنها قد احذت شبهاً من الحرائر لامتناع بيعها ، وقد سئل أحمد رضى الله عنه عن ام الولد كيف تصلى ؟ قال تغطى رأسها وقدميها لأنها لا تباع ، وكان الحسن يحب للأمة إذا عهدها سيدها ـ يعنى وطئها ـ ان لا تصلى الا مجتمعة ، وان صلت مكشوفه الراس اجزاها لأنها امة حكمها حكم الاماء .

قال ابراهيم : تصلى ام الولد بغير قناع وان كانت بنت ستين سنه ، وقد روى عن احمد رضى الله عنه رواية اخرى ان عورتها عورة الحرة ، وذكرنا ذلك فى كتاب الصلاة والصحيح ان حكمها حكم الاماء ، وانما خالفتهن فى استحقاقها للعتق وامتناع نقل الملك فيها وهذا لا يوجب تغير الحكم فى عورتها كالمدبرة ، ولان الاصل بقاء حكمها فى اباحة كشف رأسها ولم يوجد ماينقل عنه من نص ولا مافى معناه فيبقى الحكم على ما كان عليه .

« مسأله » قال ﴿ واذا قتلت ام الولد سيدها فعليها قيمة نفسها ﴾

وجملته : أن ام الولد اذا قتلت سيدها عتقت لأنها لا يمكن نقل الملك فيها وقد زال ملك سيدها بقتله فصارت حرة كما لو قتله غيرها وعليها قيمة نفسها ان لم

يجب القصاص عليها ، وهذا قول أبي يوسف ، وقال الشافعي : عليها الدية لانها تصير حرة ولذلك لزمها موجب جنايتها والواجب على الحر بقتل الحر دية .

ولنا أنها جناية من أم ولد فلم يجب بها أكثر من قيمتها كما لو جنت على أجنبي ولان اعتبار الجناية فى حق الجانى بحال الجناية بدليل ما لو جنى على عبد فأعتقه سيده وهي فى حال الجناية أمة فإنها انما عتقت بالموت الحاصل بالجناية فيكون عليها فداء نفسها بقيمتها كما يفديها سيدها إذا قتلت غيره ولانها ناقصة بالرق أشبهت القن وتفارق الحر فإنه جنى وهو كامل ، وإنما تعلق موجب الجناية بها لانها فوتت رقها بقتلها لسيدها فأشبه ما لو فوت المكاتب الجانى رقه بأدائه .

وأما ان قتلت سيدها عمداً ولم يكن لها منه ولد فعليها القصاص لورثة سيدها وان كان له منها ولد وهو الوارث وحده فلا قصاص عليها لأنه لو وجب لوجب لولدها ولا يجب للولد على أمه قصاص ، وقد توقف أحمد رضي الله عنه عن هذه المسألة فى رواية مهنا ، وقال دعنا من هذه المسائل ، وقياس مذهبه ماذكرناه وان كان لها منه ولد وله أولاد من غيرها لم يجب القصاص أيضا لان حق ولدها من القصاص يسقط فيسقط كله ، وقد نقل مهنا عن أحمد (رض) أنه يقتلها أولاده من غيرها وهذه الرواية تخالف أصول مذهبه ، والصحيح أنه لا قصاص عليها ويجب عليها فداء نفسها بقيمتها كما لو عفا بعض مستحق القصاص عن حقه منه والله أعلم .

والحمد لله وحده ، وصلى الله على محمد

تم الجزء العاشر وبه تم الكتاب

لأول مرة في مصر

الإجابة لإيراد ما استدركته عائشة على الصحابة

وفيه ترجمة وافية للسيدة عائشة وبيان خصائصها تفصيلا

للعلامة

بدر الدين الزركشي

٧٤٥ — ٧٩٤ هـ

الناشر

زكريا علي يوسف

الثمن ١٢ قرشا

﴿ فهرس الجزء العاشر من المغني ﴾

كتاب الأقضية

كتاب الدعاوى والبينات

كتاب التدبير

كتاب المكاتب

(تم الفهرس ولله الحمد)
